OBRAS COMPLETAS DE
ANDRES BELLO

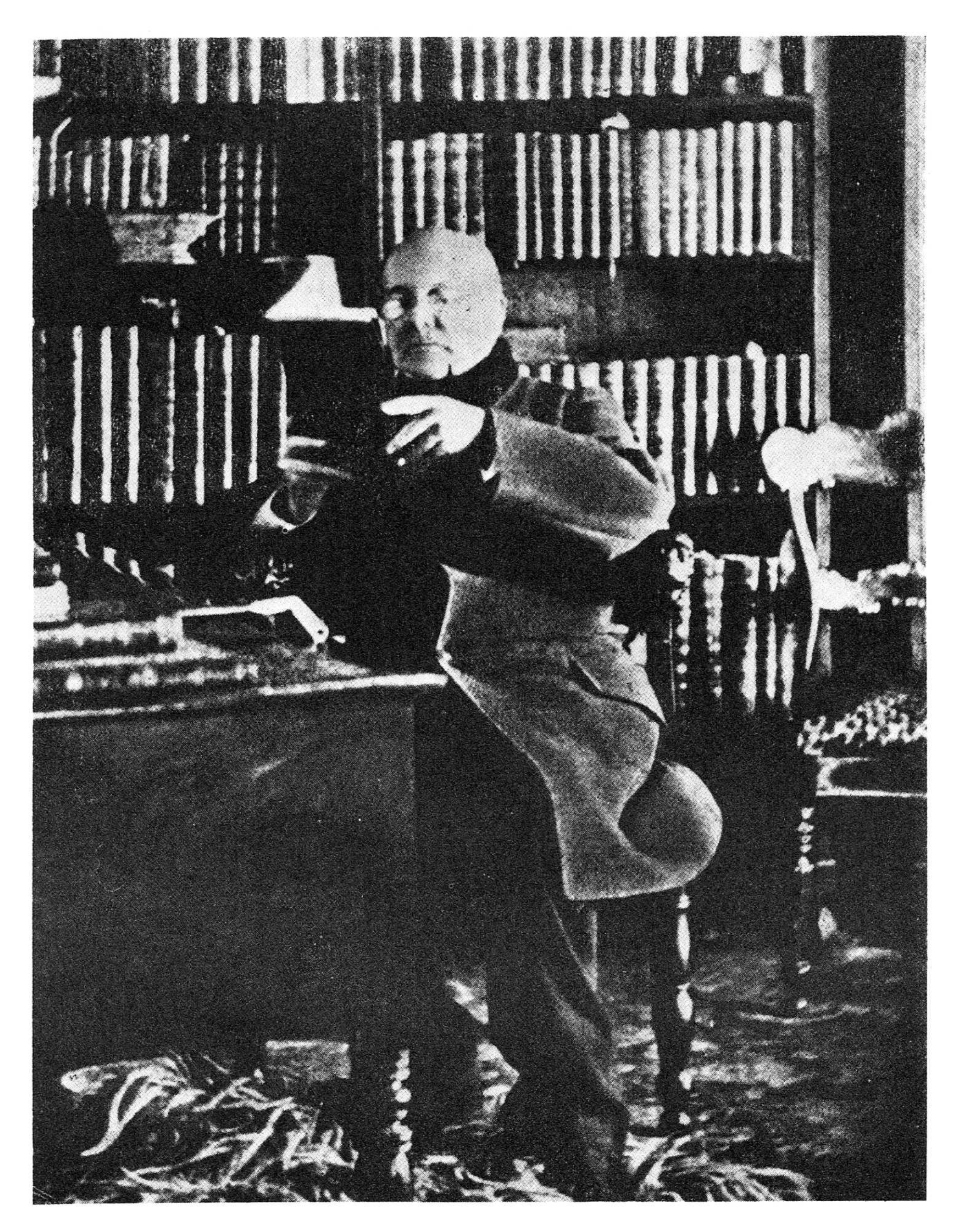
XVII

Primera Edición, 1959
Ministerio de Educación, Caracas.

Segunda Edición Facsimilar, 1981
Fundación La Casa de Bello, Caracas

Depósito Legal lf. 81-2.703

DERECHO ROMANO



Fotografía de Bello en el escritorio de su biblioteca particular. Lo representa hacia 1862, a los 81 años de edad.

ANDRES BELLO

DERECHO ROMANO

INTRODUCCIÓN DE
HESSEL E. YNTEMA

PROFESOR DE DERECHO COMPARADO
UNIVERSIDAD DE MICHIGAN

LA CASA DE BELLO
AÑO BICENTENARIO DE ANDRES BELLO
CARACAS, 1981

RELACION DE LOS VOLUMENES DE ESTA SEGUNDA EDICION

I. POESIAS
II. BORRADORES DE POESIA
III. FILOSOFIA DEL ENTENDIMIENTO Y OTROS ESCRITOS FILOSOFICOS
IV. GRAMATICA DE LA LENGUA CASTELLANA DESTINADA AL USO DE LOS AMERICANOS
V. ESTUDIOS GRAMATICALES
VI. ESTUDIOS FILOLOGICOS I. PRINCIPIOS DE LA ORTOLOGIA Y METRICA DE LA LENGUA CASTELLANA Y OTROS ESCRITOS
VII. ESTUDIOS FILOLOGICOS II. POEMA DEL CID Y OTROS ESCRITOS
VIII. GRAMATICA LATINA Y ESCRITOS COMPLEMENTARIOS
IX. TEMAS DE CRITICA LITERARIA
X. DERECHO INTERNACIONAL I. PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL Y ESCRITOS COMPLEMENTARIOS
XI. DERECHO INTERNACIONAL II.
XII. DERECHO INTERNACIONAL III. DOCUMENTOS DE LA CANCILLERIA CHILENA *(Vol. XXI de la primera edición de Caracas)*
XIII. DERECHO INTERNACIONAL IV. DOCUMENTOS DE LA CANCILLERIA CHILENA *(Vol. XXII de la primera edición de Caracas)*
XIV. CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE CHILE *(Vol. XII de la primera edición de Caracas)*
XV. CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE CHILE *(Vol. XIII de la primera edición de Caracas)*
XVI. CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE CHILE *(Vol. XIII de la primera edición de Caracas)*
XVII. DERECHO ROMANO *(Vol. XIV de la primera edición de Caracas)*
XVIII. TEMAS JURIDICOS Y SOCIALES *(Vol. XV de la primera edición de Caracas)*
XIX. TEXTOS Y MENSAJES DE GOBIERNO *(Vol. XVI de la primera edición de Caracas)*
XX. LABOR EN EL SENADO DE CHILE (DISCURSOS Y ESCRITOS) *(Vol. XVII de la primera edición de Caracas)*
XXI. TEMAS EDUCACIONALES I *(Vol. XVIII de la primera edición de Caracas)*
XXII. TEMAS EDUCACIONALES II *(Vol. XVIII de la primera edición de Caracas)*
XXIII. TEMAS DE HISTORIA Y GEOGRAFIA *(Vol. XIX de la primera edición de Caracas)*
XXIV. COSMOGRAFIA Y OTROS ESCRITOS DE DIVULGACION CIENTIFICA *(Vol. XX de la primera edición de Caracas)*
XXV. EPISTOLARIO *(Vol. XXIII de la primera edición de Caracas)*
XXVI. EPISTOLARIO *(Vol. XXIV de la primera edición de Caracas)*

SIGLAS

O. C. Caracas: Obras Completas de Andrés Bello, Caracas, 1952.

O. C.: Obras Completas de don Andrés Bello, 15 vols. Santiago, 1881-1893.

AMUNÁTEGUI, *Vida Bello: Vida de don Andrés Bello*, por Miguel Luis Amunátegui, Santiago, 1882.

INTRODUCCIÓN

POR

HESSEL E. YNTEMA
Profesor de Derecho Comparado. Universidad de Michigan

I

La formación y desarrollo de la ciencia del derecho en el mundo occidental, desde la Edad Media hasta la época moderna, ha experimentado la influencia profunda del estudio del Derecho Romano. Después de la disolución del Imperio romano, el renacimiento del saber comenzó, precisamente, con la inauguración de los estudios jurídicos romanistas de Bolonia, a principios del siglo XII. El período anterior y que siguió a la compilación del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, en el siglo VI, fue una época oscura, con las luces del saber casi completamente apagadas en Occidente y en la que las leyes de Roma subsistían precariamente como Derecho vulgar; el Derecho personal de la población indígena del Imperio desaparecido. El descubrimiento de los manuscritos del Código y el Digesto y la interpretación de la "Vulgata" por los glosadores, al final del siglo XI, fueron hechos apenas relevantes por sí solos. Pero tuvo trascendencia, en cambio, la circunstancia de que la reaparición de las leyes romanas diera lugar a que fueran intensamente estudiadas como el Derecho común de Europa occidental y que por ende estimulara la implantación de la enseñanza del derecho en las nacientes universidades.

En consecuencia, la enseñanza universitaria del Derecho se centró sobre los textos romanos, inculcados a las sucesivas generaciones de juristas que, precisamente por su instrucción, no sólo participarían en la formación, sino que tendrían a su cargo la aplicación del derecho en Europa y otros continentes. Este fue el origen de la rica literatura jurídica romanista que, con la palabra escrita, dio forma perdurable al progreso de las ideas jurídicas. Por igual razón se formó un repertorio común de conceptos jurídicos y pudo llegarse al refinamiento de una *lingua franca* del Derecho de carácter universal, de manera que la tradición romanista de los derechos privados así definidos quedó establecida como la medida de la justicia y de la libertad.

Con toda verdad y justicia puede atribuirse la recepción del Derecho Romano, de manera primordial, al hecho de que fuera enseñado en las universidades. Como nos dijo Maitland, el derecho enseñado es un derecho tenaz, y, de no haber sido estudiadas las leyes romanas con tanta insistencia, hasta el punto de quedar inculcada la tradición de su autoridad como justicia universal, difícilmente hubiesen podido ser objeto de una recepción general. Es cierto, que, tanto si se afirma como si se niega la existencia de una recepción formal, en ningún lugar se produjo de una manera completa. Las doctrinas romanas fueron asimiladas con modificaciones al ser interpretadas por los legistas y sus continuadores, a la luz de la ciencia jurídica contemporánea, o al combinarse con las costumbres de cada país, o al quedar adaptadas como fuese a las condiciones locales. En los países con predominio de Derecho consuetudinario, este proceso de asimilación fue principalmente efectuado por las obras dotadas de autoridad que dieron lugar a que las concepciones romanistas penetraran hasta convertirse en práctica general. Entre ellas debe hacerse destacar, tanto por su contenido como por la fecha de su aparición, *Las Siete Partidas* que Alfonso el Sabio había compilado a mediados del siglo XIII, aunque no tuvo adopción oficial hasta 1348. Gómez de la Serna ha hecho

notar que este código estaba "compuesto en su mayor parte de leyes romanas y de decretales" [1]. Ejemplos parecidos de obras principalmente influidas por ideas romanas que permitieron la cristalización de los derechos existentes en otros países, incluyen: en Inglaterra el tratado contemporáneo de Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, y en época posterior el de Grocio; en los Países Bajos, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, o la obra de Stair, *Institutions of the Laws of Scotland*, entre otros. Esta mezcla, en grado variable, de principios romanos con reglas consuetudinarias de origen germánico también fue la base de la codificación oficial que después siguieron Francia, Prusia, Austria y muchos otros países. También en esos casos, el impulso esencial y las concepciones fundamentales procedieron de los juristas de la época de la Ilustración y posteriores, en cuyas obras fueron sintetizadas y expuestas de manera general, en consonancia con las condiciones de su tiempo. Todavía aparece más indudable la incorporación del repertorio común de ideas jurídicas procedente del estudio de las leyes romanas a las ramas del derecho que trascendían los límites de una regulación local: al Derecho de gentes tan notablemente formulado en las obras de Suárez, Grocio y Vattel, y en los esfuerzos para construir una ciencia jurídica universal por parte de los escritores iusnaturalistas y de las formas más recientes de filosofía jurídica. En suma, el hecho de que las doctrinas romanistas, en gran parte derivadas del *Corpus Iuris Civilis*, fueran enseñadas de manera tan amplia y extensa en las universidades como el fundamento esencial del derecho, constituyó la base primordial para la recepción del Derecho Romano en el mundo occidental. En otro caso no hubiese tenido lugar la compleja historia de la asimilación y adaptación de estas doctrinas admitidas con carácter general a las circunstancias de cada lugar, con su esporádica incorporación a las leyes positivas.

A la luz de tales consideraciones aparece como algo inevitable la recepción del Derecho Romano, aunque tuviera

lugar de manera variable. Pero en todo caso merece ser destacado el hecho de que el florecimiento del estudio dedicado a los textos romanos comenzó y prosiguió mucho después de haber desaparecido la autoridad que los puso en vigor. Ya hemos advertido que el descubrimiento del texto de la "Vulgata" del Digesto, posiblemente por Irnerius, y el fenómeno subsiguiente de la inauguración y desarrollo de la enseñanza del derecho sobre la base de los textos romanos, fue precedido por un confuso período de más de tres siglos durante el cual la autoridad del Imperio quedó finalmente rota en Occidente por la acción de los longobardos y las victoriosas conquistas del Islam. Como Koschaker ha enseñado [2], esta variación en el centro de poder de la Europa occidental quedó dramáticamente reconocida en el año 800 de nuestra Era, con la coronación de Carlomagno como Emperador del Sacro Romano Imperio por el Papa León III. Este hecho permitió creer que había tenido lugar una sucesión en la autoridad de Constantino y de Justiniano, y dejó establecida la base para estimar que el *Corpus Iuris Civilis*, como Derecho consolidado del Imperio Romano, era el Derecho general de Europa occidental. Esto sin duda representaba una sucesión ficticia desde el punto de vista moderno, pero sirve para explicar por qué razón los textos romanos, cuando fueron descubiertos, llegaron a ser universalmente aceptados como la versión autorizada del Derecho vigente e incluso como la exposición clásica de la justicia en el mundo antiguo. Por ello resulta significativo que durante algún tiempo Francia se opusiera a la recepción del Derecho Romano, pues, por sentimiento nacionalista, se trataba de mantener la independencia del país frente al Imperio, hasta que los legistas desarrollaron la teoría de que el Rey de Francia era *imperator* en sus dominios y que las leyes de Roma eran Derecho consuetudinario que prevalecía, no *ratione imperii*, sino *imperio rationis*.

Si parece digno de atención que el estudio intensivo del derecho romano fuera introducido en Italia siglos después

de la disolución del Imperio de Occidente, sobre la base de que Carlomagno era su continuador, parecerá todavía más sorprendente que los estudios romanistas experimentaran un nuevo renacimiento durante el siglo XIX. En 1806 quedó disuelto el Sacro Romano Imperio y el sueño de Napoleón de suceder en el trono imperial jamás fue una realidad. El movimiento de codificación nacional, del que son ejemplos el *Landrecht* prusiano de 1792, los Códigos napoleónicos a partir de 1804, y el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco de 1811, dejaron superadas a las leyes consuetudinarias existentes y por ello pareció que destruían la concepción de que en Europa occidental existía un derecho común. Además, se experimentó una grave decadencia en el prestigio de los estudios jurídicos romanos durante el siglo XVIII, debido al predominio de la escuela del Derecho natural. De esta manera pareció, hacia 1800, que la autoridad del Derecho Romano, ya fuese como Derecho de un imperio desaparecido, o como Derecho común consuetudinario, o incluso como expresión formal de la justicia universal, ya había cumplido su misión. Sin embargo, precisamente en tal instante en que parecía que iba a quedar relegado al museo de la historia, sobrevino un notable renacimiento del interés científico y práctico por el Derecho Romano bajo la égida de la escuela histórica de Savigny. Si, por un lado, el principal objetivo de esta escuela era detener el movimiento codificador y oponerse a las pretensiones universalistas de la escuela del Derecho natural hasta que la ciencia jurídica germánica alcanzara mayor madurez, como resulta de la oposición de Savigny a la proposición de Thibaut de que se redactara un código civil general para Alemania, es necesario advertir que, por otro lado, los dogmas de la escuela histórica incluían una ideología mística que dio nueva vida a la autoridad de los textos romanos como expresión del Derecho consuetudinario en vigor. Así sucedía porque, al aparecer el Derecho como un fenómeno esencialmente histórico, un producto del *Volksgeist*, resulta que, como tal,

está primordialmente encarnado en el derecho de Roma a consecuencia de su recepción general en Europa occidental. Savigny hizo notar que esto era lo que constituía el Derecho Romano *recibido* en la forma en que fue modificado y adquirió nueva vida por obra de los glosadores y sus continuadores: el *usus modernus*. Apenas si hace falta advertir que semejante concepción recordaba la teoría que permitió que el *droit écrit* fuera recibido en Francia, pero, en todo caso, proporcionó al Derecho una base positiva con independencia de la autoridad política y justificó, en consecuencia, la validez del Derecho Romano a pesar de la desaparición del Imperio que lo había promulgado. De ello se siguió la incongruencia de que, mientras la concepción del Derecho como si esencialmente fuera una costumbre popular dio lugar a su estudio como una ciencia histórica relativa a fenómenos jurídicos existentes, tanto Savigny como sus continuadores se dedicaron de manera primordial y con toda intensidad a la investigación del Derecho Romano como materia adecuada para realizar su concepción, pues los estudios teóricos y prácticos del Derecho civil moderno incluían el Derecho consuetudinario vigente. De esta manera la escuela histórica extendió la sombra del Imperio de manera suficiente para que pudiera creerse que una ciencia jurídica universal exigiría el renovado estudio de las leyes imperiales recibidas, según quedaban comprobadas por la investigación histórica y crítica. En realidad, sin esta pretensión de universalidad o sin la dedicación intensa a las fuentes romanas, igualmente recibidas en otros países, la escuela histórica no hubiese podido superar tan fácilmente las pretensiones de la escuela del Derecho natural ni habría logrado la consagración mundial del prestigio de la ciencia jurídica alemana durante el siglo XIX.

PROGRAMA

DEL

DERECHO ROMANO.

Diversas formas de gobierno que tuvo Roma—Que entendian por lei los romanos y como se hacian estas durante la monarquía y la república.—Noticia de las doce tablas, de su formacion y años en que se sancionaron.—Que son plebíscitos y desde cuando tuvieron fuerza de lei.—Edicto pretorio, su duracion—Limitaciones que sufrieron los Pretores en la potestad lejislativa—Senados consultos, desde cuando fueron obligatorios.—Constituciones imperiales, sus especies—Si tenian fuerza de leyes.—De que se componia el antiguo derecho romano escrito.—Noticia de los códigos que se publicaron antes de Justiniano, sus autores años de su publicacion.—Colecciones de leyes publicadas por Justiniano.—Reglas para juzgar de la diferente autoridad de estas obras y su aplicacion.

LIBRO 1.°

TITULO I.

De la justicia y del derecho

TITULO II.

Del derecho de jentes natural y civil.

Qué es justicia?—Diversos sentidos de la palabra derecho.—Definicion de la jurisprudencia.—Division jeneral de dere-

Primera página del Programa del Derecho Romano, incluido en la edición de las *Instituciones* de 1843. Se reprodujo en la edición de 1848.

II

Los motivos que lo impulsaban, tanto como las circunstancias científicas y culturales que prevalecían, influyeron necesariamente en el curso que siguió el estudio del Derecho Romano así recibido. Dada la suposición fundamental, tanto tiempo en vigor, de que los textos romanos tenían la fuerza de ley, el problema fundamental con que hubieron de enfrentarse los glosadores y sus sucesores era el de que esos textos no aparecían como un moderno código sistemático ni en un lenguaje que permitiera su fácil aplicación a los casos concretos. En este sentido, el *Corpus Iuris Civilis* no era un código, sino una compilación de opiniones de los juristas clásicos y de constituciones de los emperadores, una serie de soluciones casuísticas con ocasión de casos particulares, complementadas por un breve tratado elemental de las instituciones. El contenido no aparecía ordenado de manera lógica, aparte de que con frecuencia era oscuro y con soluciones contradictorias en varios casos; el texto mismo era dudoso. Estas dificultades eran principalmente debidas al hecho de que las fuentes reflejaban las etapas sucesivas en la evolución de la doctrina jurídica romana durante siglos y dejaban subsistentes muchas antinomias que no habían desaparecido después en la apresurada labor de compilación de Triboniano y sus colaboradores. Para resolver estos problemas era necesario recurrir a una investigación histórico crítica, pero esto no era posible mientras los textos fueran considerados, no como los productos de la antigua cultura, sino como derecho vigente. Sólo al quedar descartada semejante concepción por la promulgación de los códigos modernos, comenzó en el siglo XIX el indispensable estudio crítico de los textos a la luz de la evolución de la doctrina jurídica romana. Además, para servir a las necesidades de la práctica, las soluciones que brindaban las fuentes romanas necesitaban en varios puntos ser adaptadas a las circunstan-

cias actuales. Por ello, el problema del estudio del Derecho Romano ofrecía tres aspectos: restaurar e interpretar los textos; reconciliar, sistematizar y adaptar su contenido a las necesidades actuales; y, con el desarrollo de los estudios humanistas, delinear la evolución de las doctrinas romanas sobre una base científica.

El primero de estos requisitos, la interpretación del texto del Digesto entonces recién descubierto, constituyó la primera tarea de los glosadores (así llamados por la *glossa,* la interpretación de un texto determinado) ; a esta primordial necesidad se atendió rápidamente, en gran parte por el mismo Irnerius, por medio de la fijación de los llamados textos de la "Vulgata", del Digesto y del Código. Al mismo tiempo, las opiniones exegéticas de los glosadores, cuyo valor ha sido ensalzado por Savigny, se multiplicaron rápidamente, de manera que a mediados del siglo XIII ya habían adquirido gran autoridad las glosas de Azo al Código y la *glossa ordinaria,* en la que Accursio recogió las más importantes glosas. Esta primera fase de exégesis de los textos dio lugar, sin embargo, a que pronto se impusiera un tratamiento más sistemático de los materiales romanos por parte de los comentaristas, en cierta medida para armonizarlos con las leyes locales para fines prácticos y hasta cierto punto como resultado de la influencia del primer escolasticismo que trató de sintetizar el conocimiento existente en un orden lógico. Como en el caso de las *Glossae,* las opiniones de los postglosadores, manifestadas en comentarios a títulos del Código o del Digesto y en monografías especiales *(tractatus),* adquirieron autoridad y sustituyeron a las glosas, de la misma manera que éstas habían superado a los propios textos romanos. Pero, como de nuevo sucedió que los comentarios se multiplicaron rápidamente y las opiniones de sus autores muchas veces eran contradictorias, se impuso en la práctica el criterio de que debía seguirse la *communis opinio,* hasta que finalmente, a últimos del siglo XIV, se entendió que debía prevalecer la opinión de Bartolus, el *speculum, acuris ci-*

vilis lucerna, en quien el método de los comentaristas, o como fue llamado, el *mos italicus,* alcanzó su apogeo, complementada, en parte, por la opinión de su discípulo Baldo.

Además de sus importantes aportaciones al análisis jurídico el *mos italicus* contribuyó de manera esencial a la finalidad práctica de crear un derecho común mediante la valoración lógica independiente y la integración de las leyes romanas, canónicas y locales. Como lo ha observado un escritor moderno al comparar el método de los bartolistas con el de los glosadores (quienes buscaban aplicar el texto literal, aun cuando fuera deformando los hechos para que se adaptaran al fin deseado en cada caso, mientras no se produjera una ruptura en la tradición), había dos importantes diferencias en la posición de aquéllos frente a los glosadores. En primer lugar, la *Glossa Magna* de Accursius quedaba ahora interpuesta entre la obra de los comentaristas y los textos romanos; en segundo lugar, los comentaristas trataron de formar un derecho que tuviera eficacia para la práctica en su tiempo, con preferencia a la labor de intentar la exposición de un derecho en concordancia literal con antiguas fuentes [3]. Poca duda puede existir sobre el hecho de que el genio creador en la práctica de los comentaristas, parecido al de los jurisconsultos de la antigua Roma, preparaba un efectivo cuerpo común de doctrina civilista con la que hizo posible la recepción del Derecho Romano.

Durante trescientos años estas escuelas dominaron el estudio del Derecho Romano. De hecho, el influjo de la concepción práctica expresada en el *mos italicus* continuó durante mucho tiempo después, incluso hasta el siglo XIX. Pero en el siglo XVI su primacía fue disputada por el movimiento humanista, heraldo de la edad moderna. El humanismo significaba la secularización de la ciencia, la colocación de la razón en el lugar de la autoridad como base del conocimiento: exaltaba la personalidad de los individuos humanos como la medida del valor y creaba, con ello, la ciencia moderna, que no parte de suposiciones, sino que indaga la verdad por

medios racionales. La proyección de este movimiento en el campo del Derecho se centró en Francia y Cuiacius (1522-90) fue su más distinguido representante. Por ello fue llamado *mos gallicus*. Desde un punto de vista científico, la contribución de esta nueva tendencia fue sobresaliente. De nuevo se estudiaron los textos separados de las glosas y de las opiniones de los comentaristas que, con su exuberancia, los dejaban apenas perceptibles, y se progresó mucho en su interpretación, al mismo tiempo que, por primera vez, fueron utilizados los materiales que afectaban al Derecho de Roma y que proporcionaban las ramas afines de los estudios clásicos. Pero estos progresos dieron lugar a que el Derecho Romano, concebido como un monumento histórico del mundo antiguo, quedara divorciado del Derecho vivo de la época y que su estudio se convirtiera en una actividad académica, limitada a los pocos especialistas que podían dominar el confuso material de los textos antiguos y las demás antigualIas que se les habían añadido. Por esta razón, ya que intentaba el resurgimiento de un Derecho antiguo en una forma no apropiada para servir a las necesidades de su tiempo, el *mos gallicus* no pudo suplantar la concepción más vital del *mos italicus* en el estudio del Derecho civil. En su lugar la llamada escuela de "jurisprudencia elegante" que le sucedió, cuando menos durante sus días de gloria en los Países Bajos, aunque amplió el campo de actividad de los estudios de la antigüedad, trató al mismo tiempo de reconciliar las opuestas tendencias. Así sus principales figuras como Grocio, Ulric Huber, Johannes Voet y Bynkerschoek, combinaron un amplio conocimiento de los materiales del Derecho Romano y del Derecho civil posterior con la experiencia práctica en su aplicación.

Pero, durante el siglo XVIII, el desarrollo de este punto de vista cultural en los estudios jurídicos romanos dio por resultado, tanto en los Países Bajos como en Alemania, que surgiera un divorcio entre la teoría y la práctica. Esta tendencia se aceleró en Alemania cuando, en 1746, fue abolida

en Prusia la práctica de remitirse a las facultades de Derecho para buscar asesoramiento en los litigios de importancia. En efecto, la llamada "jurisprudencia elegante", en sus últimas fases, destacaba las antigüedades romanas como un aspecto esencial en el estudio del Derecho Romano, a expensas de su aplicación práctica como el *usus modernus*. Al mismo tiempo, las propias doctrinas romanas fueron sintetizadas en términos abstractos de carácter universal que dejaban inmediatamente preparado el terreno para que fueran reconocidas como derecho natural. Así, con la creciente separación entre teoría y práctica, el Derecho Romano perdió prestigio; se convirtió en una profesión relativamente esotérica de los profesores de Derecho, y, en la segunda mitad del siglo XVIII, la doctrina universalista del Derecho natural constituyó una efectiva amenaza para la pretensión del Derecho civil romano de constituir la expresión teórica del derecho vivo.

III

La dualidad que formaban el interés por la antigüedad romana despertado por la escuela de la "jurisprudencia elegante", por una parte, y la lógica universal de la doctrina romanista, por otra, se manifiesta de manera ejemplar en las obras del más célebre representante de dicha escuela, el sabio romanista de aquella época, Juan Teófilo Heineccius (1681-1741). Si se exceptúa una breve permanencia en la entonces famosa Universidad de Franeker en los Países Bajos (1723-5), que abandonó muy a su pesar por motivos de salud, y de sus primeros estudios en teología y filosofía, su carrera como jurista fue casi exclusivamente académica, como Profesor de Derecho en dos universidades alemanas, Halle (1716-23, 1733-41) y Francfort en el Oder (1723-33), en las que sus lecciones eran justamente celebradas por su estilo y claridad. No obstante la pesada carga de sus deberes como profesor, particularmente durante los últimos

años en Halle, Heineccius publicó un gran número de obras jurídicas que ciertamente dejaron fundada su reputación por toda Europa. Las más importantes de todas ellas son: *Antiquitatum Romanorum jurisprudentiam illustrantium syntagma* (1719), un libro de texto para estudiantes, con un examen general de la antigüedad romana, que sigue el orden de la Instituta y le hizo inmediatamente famoso, siendo reproducido en muchas ediciones: *Elementa juris civilis secundum ordinem institutionum* (1725), la obra elemental de Derecho Romano más popular de su tiempo, reproducida en numerosas ediciones posteriores y seguida (en 1727) por la similar, más trabajada, pero generalmente menos usada. *Elementa juris civilis secundum ordinem Pandectarum; Elementa juris Germanici* (2 vols., 1735-36) una obra elemental sobre derecho germánico, correspondiente a la similar *Elementa juris civilis,* relativa al Derecho Romano; y *Elementa juris naturae et gentium* (1737), una exposición del Derecho internacional público desde el punto de vista del Derecho natural. De las numerosas obras jurídicas menores de Heineccius, merece especial atención la que contiene sus lecciones sobre títulos valores, *Elementa juris cambialis* (1741), publicación póstuma; la segunda y mejorada edición de 1748 influyó en el reconocimiento y desarrollo de esta especial rama del Derecho. Estas obras cubren un vasto campo que incluye todas las ramas del Derecho, con excepción del Derecho canónico y de todo el Derecho público, salvo aspectos secundarios. Además, Heineccius dejó varios opúsculos teológicos y un tratado elemental de filosofía.

Para el estudio del derecho ofrecen especial interés los *Elementa,* preparados como obras de texto para la enseñanza básica del Derecho Romano y el Derecho germánico. En el caso de la obra *Elementa juris civilis secundum ordinem institutionum,* disponemos también de las lecciones del autor que complementaban y explicaban el texto, pues fueron publicadas después de su muerte en varias ediciones, siendo la más auténtica las *Recitationes*, etc., (1767). En estas

obras, Heineccius introdujo el célebre método "axiomático", así llamado por la exposición de las reglas de Derecho como "axiomata" derivadas de concepciones jurídicas fundamentales. En el método axiomático influyó claramente la familiaridad de Heineccius con la filosofía y la lógica, pues consistió en una original aplicación al campo del Derecho de la concepción aristotélica de que conocer es concebir la "causa" (ἡ αἰτία) de las cosas. En el prefacio a los *Elementa* explica de manera prolija las razones por las que adoptó ese método, haciendo al propio tiempo una instructiva referencia a los métodos anteriormente usados en la enseñanza del Derecho Romano.

Explica que Irnerius y sus sucesores comenzaron por seguir el método *analítico* en la interpretación del derecho, pero bajo la forma de una exégesis de la difusa masa de la legislación de Justiniano, con extensos comentarios o breves observaciones sobre leyes particulares. Heineccius critica este método por considerar que se trata del peor de todos los imaginables para orientar a quienes se inician en el estudio del Derecho, en primer lugar por no fundar la enseñanza del derecho en un amplio conocimiento de la literatura, la historia y la filosofía que semejante análisis requiere, de manera que prestaba atención a un océano de detalles superfluos que ningún estudiante tenía la esperanza de poder surcar, y, en segundo lugar, por prestar más atención a pequeños problemas que a los principios fundamentales, más a las opiniones que al sistema del derecho. Más tarde se siguió el método *sintético*, introducido por Cujacius, Pacius, Wesenbecius y otros, que suponía un esfuerzo para recoger y sistematizar en un orden lógico los preceptos jurídicos diseminados por todo el *Corpus Iuris*. Este método, sin embargo, se desarrolló diversamente; algunos subrayaban las conclusiones que debían deducirse de principios más generales, ya fuese mediante su clasificación según la naturaleza de sus fuentes, o de manera más ocasional, con el estudio de los casos que podían servir para ilustrar los títulos individuales. Otros considera-

ban que era preferible poner en relación las conclusiones con los principios de los que se derivaban. El primer método confiaba en la memoria, en la casuística más compendiosa; el último, en la construcción de un sistema de principios teóricamente irreprochable del que, con excesiva confianza, se esperaba poder derivar lógicamente la solución de los casos individuales.

Heineccius prefirió expresamente el último y más sistemático de los tipos de educación jurídica a base del método sintético, fundándose en que toda ciencia consiste en el conocimiento de principios y en las conclusiones en ellos implícitas (omnium sane scientiarum ratio in principiorum intelligentia, et conclusionum cum iis cohaerentia posita est), y que el mero conocimiento de soluciones para casos concretos sin la comprensión de los principios que las determinan no puede proporcionar al jurista los medios de hacer frente a nuevos problemas, pero insistió en que para la definición de las razones jurídicas más fundamentales el método sintético exige un conocimiento de la antigüedad romana, de la filosofía estoica y del derecho anterior a Justiniano, más exacto de lo que generalmente se supone, de la misma manera que también debería prestarse más atención al arte de la interpretación jurídica exigida por la necesidad de señalar la relación que media entre las soluciones concretas y los correspondientes principios generales. En consecuencia, el método axiomático comprendía tres fases indispensables para el estudio de cada cuestión o problema de derecho, que son las siguientes: en primer lugar, la definición de cada materia según las mejores autoridades, antiguas o modernas; después, la exposición de las proposiciones, las *axiomata*, derivadas de la definición; en tercer lugar, la elaboración de los corolarios implícitos en cada principio axiomático, debidamente agrupados en relación con los principios a que se refieren; en cuarto lugar, una referencia a las leyes más importantes del *Corpus Iuris* que traten de la correspondiente materia y también a la más reciente legislación que mere-

ciera destacarse. Este esquema básico de exposición sintética queda complementado con frecuentes explicaciones doctrinales fundadas en la comparación de varias definiciones. Heineccius hacía notar que esos postulados doctrinales pueden ser teóricos o prácticos, lo mismo que sucede con los "*theoremata*" y "*problemata*" de la geometría. Además, los *Elementa* incluían numerosas notas *(scholia)* que explicaban por medio de ejemplos las doctrinas más difíciles o que precisaban hasta qué punto los principios expuestos se desviaban de las leyes originarias. Otra característica del método consiste en la numeración correlativa de los párrafos; así, en la *Elementa* institucional existen 1.370 párrafos. Esto ofrece la ventaja, que hacía notar Heineccius, de facilitar la referencia entre los principios.

Este método axiomático estuvo claramente inspirado por la necesidad de reducir a un orden lógico coherente e incluso de rigor matemático todo el cúmulo de materiales del Derecho civil Romano, tan vasto y confuso, incrementado de manera incesante por la adición de todos los detalles procedentes de materias afines, introducidas en los estudios de Derecho Romano por las investigaciones humanistas iniciadas por la escuela de Alciatus y Cujacius de Bourges, todavía aumentadas por obra de la "jurisprudencia elegante" desarrollada en los Países Bajos. Para un moderno observador, la concepción tiene gran importancia histórica: la formulación de las doctrinas del Derecho Romano en la forma de concepciones fundamentales, de principios axiomáticos de Derecho de ellas derivados, con sus corolarios subordinados, preparó el camino para la construcción del Derecho natural como un sistema de principios universales de justicia. Esta fue la razón del éxito extraordinario del método introducido por Heineccius, sin olvidar lo que se debió a su amplio conocimiento de la literatura jurídica y a la habilidad poco frecuente para sintetizar el vasto repertorio de detalles del Derecho vigente en fórmulas lógicas y claras. En el campo del Derecho, Heineccius, como el principal exponente de la

"jurisprudencia elegante" de su tiempo, anunció la época de la Ilustración durante la cual la concepción del Derecho natural dominó la escena jurídica. Con la exposición de la doctrina del Derecho Romano como un sistema racional, él y sus contemporáneos dieron contenido a las doctrinas iusnaturalistas peculiares de la época y, al mismo tiempo, con ello prepararon el camino para la formación de los códigos nacionales que pusieron término a la época de la justicia natural. Podría, por cierto, añadirse que, en cuanto a sus objetivos y lógica esenciales, si no en cuanto a sustancia o ejecución, el método axiomático ideado por Heineccius fue un precursor de la técnica tradicional de la doctrina del Derecho civil posterior.

IV

A pesar de las reformas inspiradas por las teorías del Derecho natural de la última mitad del siglo XVIII y el impulso que estas teorías dieron a la codificación nacional, este período no pasó de ser una descuidada época de transición en la tradición romanista de Europa occidental. Los cursos de Derecho natural y de gentes que fueron tan populares durante la época de la Revolución, hasta el punto de haber superado al interés por la antigüedad romana, pasaron a segundo término por no considerarse ya de vital importancia después de la caída de Napoleón. Tratábase de una materia que no estaba arraigada en la práctica diaria y que había dejado de tener importancia aparte de la académica, convirtiéndose en algo potencialmente incongruente con las tendencias políticas de la época. Todavía era más significativo el hecho de que las doctrinas universalistas del Derecho natural fueron reemplazadas por una concepción más profunda y vital de la ciencia del derecho. Esta concepción, que contrastaba con el exagerado nacionalismo de últimos del siglo XVIII, ponía de relieve la evolución tradicional del De-

recho frente al hecho de su creación como resultado de una promulgación imperativa, y de manera análogamente paralela a las tendencias que dominaban en otras ramas de la ciencia, consistía en afirmar que el Derecho pertenece al reino de los fenómenos naturales, o dicho en otras palabras, que es un producto de la historia. Esta fue la aportación fundamental de la escuela histórica a la ciencia del derecho, fundada por Savigny, que fue el punto de partida del notable renacimiento de los estudios jurídicos que se desarrollaron durante el siglo XIX, de manera especial en Alemania. El primer resultado consistió en ampliar e intensificar el estudio del Derecho civil Romano, que pronto volvió a ocupar el lugar central que tradicionalmente merecía en la enseñanza del derecho; igual estímulo recibió, al mismo tiempo, la investigación del Derecho germánico.

Desde este punto de vista ofrecen particular interés las ideas relativas al método a seguir en el estudio del derecho, sobre cuya base fue preconizado este nuevo movimiento tan fecundo en la ciencia jurídica, y de manera especial las expresadas por Savigny. Aunque éste no llevó a cabo el examen histórico de los escritos sobre método jurídico que había proyectado, su declaración programática de la escuela histórica, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), y el artículo inicial en la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (1815), así como las observaciones metodológicas en el prefacio al primer volumen del *System des heutigen römischen Rechts* (1840) son de sobras conocidos. Incluso más ilustrativo de la concepción que Savigny tenía del método jurídico son las dos lecciones que dio en Marburgo en el semestre del invierno de 1802, según nos las ha trasmitido su alumno, el gran filólogo Jakob Grimm, sobre el que llamó la atención Kantorowicz en 1933 [4]. Estas lecciones ponen de manifiesto que en edad temprana Savigny ya se había formado una concepción del Derecho orgánica y penetrante, que era esencialmente la que sirvió de fundamento a las obras pos-

teriores de la escuela histórica. Al definir la ciencia del derecho como la exposición histórica de las funciones de creación jurídica de un Estado, Savigny señaló que una ciencia de la legislación (que según su punto de vista se ocupa primordialmente del Derecho privado y del Derecho penal) ha de ser al mismo tiempo histórica y filosófica: histórica porque se trata de una materia "objetivamente dada", que consiste en un Derecho intrínsecamente independiente del arbitrio individual; filosófica porque requiere el tratamiento sistemático de fenómenos jurídicos específicos en términos de concepciones generales. La exposición de un sistema histórico implica la consideración de una unidad ideal, y esto es filosofía. Sobre estas premisas se atiende primeramente al problema de cómo la interpretación o, en otras palabras, la definición filológica de reglas de Derecho resulta posible; en segundo lugar se atiende al estudio histórico de la jurisprudencia, cosa indispensable desde el momento en que todo el Derecho depende de su historia anterior; y en tercer lugar, al tratamiento filosófico del Derecho, tanto dirigido a la construcción formal de reglas jurídicas específicas como a la determinación de sus correlaciones. En suma, la manera ideal de estudiar el derecho, según la concepción de Savigny, requiere una interpretación rigurosamente científica del Derecho, histórica y filosófica al mismo tiempo, por cuanto se trata de algo compuesto por reglas objetivas que el Estado mantiene para regular el libre comportamiento de los individuos.

Todo lo que estaba implícito en esta concepción de la ciencia del Derecho, que en gran medida se anticipó a su época, fue objeto de más amplio desarrollo en los dos célebres trabajos antes citados, que anunciaron la escuela histórica de la ciencia del Derecho. En ellos se contrastaban dos escuelas de pensamiento cuya respectiva peculiaridad era debida a la manera de entender la relación existente entre el presente y el pasado: una de ellas estaba representada por la escuela del derecho natural y por la creencia general de que

el Derecho es una promulgación expresa y emanada del poder supremo, fundándose en la suposición de que cada generación tiene libertad para decidir su propio destino y que puede construirse un Derecho ideal por un fiat discrecional, con independencia de las circunstancias concurrentes; la otra está representada por la escuela histórica y se funda en la imposibilidad de concebir la existencia sin relaciones de dependencia con las circunstancias, sino que cada individuo es miembro de una familia, pueblo y estado, y cada generación representa la proyección y desarrollo de todo el pasado en el momento actual. Por lo que se refiere al Derecho, la validez de la concepción histórica queda demostrada por la conexión orgánica del Derecho positivo con el carácter del pueblo; lo mismo que el lenguaje, el Derecho está condicionado por toda la experiencia y progreso de la nación. A medida que la civilización se desarrolla, lo que inicialmente fue costumbre popular se convierte en la función especial de los juristas, con su propio lenguaje técnico; así en las comunidades desarrolladas, el Derecho tiene una doble vida, al ser parte de la existencia global del pueblo y, al propio tiempo, una rama diferenciada del conocimiento científico. Por esta razón, incluso donde hay códigos aparece el Derecho consuetudinario como el tipo fundamental, por ser el Derecho orgánicamente creado como resultado de la vida en común, a la vez que teoría y práctica jurídicas aparecen como algo esencialmente unitario.

Esta concepción de la ciencia del derecho de Savigny, afín a la filosofía orgánica de Herder, si no puede calificarse de democrática, era fundamentalmente popular. Estaba claramente influida por el recrudecimiento del nacionalismo en Alemania después de la caída de Napoleón, y por las teorías de su discípulo y amigo, Jakob Grimm, relativas al desarrollo del lenguaje. Sin embargo, resulta poco justo imputar a Savigny, como han hecho Kantorowicz[6] y otros, una inclinación romántica hacia el Derecho Romano medieval o una actitud de indiferencia para los aspectos prácticos

del Derecho. Es cierto que tal fue la orientación de sus obras más importantes, la *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* dedicada a la historia literaria de la recepción del derecho romano en la Edad Media, y el *System des heutigen römischen Rechts* a la exposición crítica y sistemática del moderno Derecho Romano según fue recibido en Europa occidental. Pero estas obras y otras afines examinan, lógicamente, los dos aspectos, histórico y filosófico, de la concepción de la ciencia jurídica esbozada en 1802, y fueron dedicadas al Derecho Romano porque éste constituye el elemento central que en un tiempo ofrecía el Derecho común de la recepción. Además, Savigny no defendió la necesidad de estudiar el Derecho Romano por entender que su principal valor consistiera en expresar las eternas normas de justicia con una pureza peculiar, sino por razón de la superioridad del método empleado por los juristas romanos clásicos. Al hacer notar que la separación entre teoría y práctica que prevalecía en el siglo XIX, era perjudicial a esos dos aspectos indispensables de la profesión jurídica, Savigny insistió en 1840, en la introducción al *System des heutigen römischen Rechts,* en la necesidad de estudiar los materiales romanos por ser la manera indispensable de aprender cómo deberían estar compenetradas la teoría y la práctica del Derecho. Según su criterio, la superioridad de la obra de los romanos resultaba de ser una expresión orgánica del mundo en que vivían; eran la misma cosa su teoría y su práctica; la teoría estaba forjada para su aplicación inmediata y la práctica ennoblecida por un tratamiento científico.

La filiación ideológica desde Heineccius hasta Savigny aparece con suficiente claridad. Ambos se hallaban en la tradición humanista del *mos gallicus;* como profesores de la ciencia del derecho, estaban ambos más ocupados con los aspectos teóricos del Derecho que con la práctica jurídica como tal. Pero entre ambos había mediado la época del Derecho natural y de la codificación en la segunda mitad del siglo XVIII, y esto daba lugar a una diferencia funda-

mental en sus respectivos programas. Stintzing ha hecho notar [6] que el estudio de las antigüedades romanas, tan ampliamente popularizado por Heineccius, siguiendo el orden de los textos de Justiniano, no formaba una historia jurídica sistemática porque proyectaba el tejido sin fin de la evolución del derecho sobre un esquema intemporal de principios y categorías lógicas. Esta falta de perspectiva histórica también fue el error destacado de los sistemas de Derecho natural del siglo XVIII, que Savigny y sus seguidores rechazaron como una extravagante pretensión de la razón abstracta que ignoraba la conexión orgánica del Derecho con la vida de la sociedad. Sin embargo, las contrapuestas banderas de esas dos escuelas jurídicas sucesivas, con sus ideologías peculiares, no deberían ser un obstáculo para reconocer el progreso que definitivamente se lograba. El estudio de los materiales pertenecientes a la investigación humanista en relación con los textos romanos, que Heineccius había acentuado, y la formulación del Derecho en términos generales, que era el rasgo característico del Derecho natural del siglo XVIII y de los códigos a que dio lugar, eran elementos que persistieron como el objetivo primordial de los estudios de Derecho civil Romano en la forma propuesta por la escuela histórica y sus sucesoras sobre una base más científica. Por un lado fue dedicada una intensa labor de investigación crítica, durante el siglo XIX, a la restauración e interpretación de los textos clásicos, teniendo en cuenta el conocimiento muy superior que se tenía de la cultura antigua; fue trazada y descrita sistemáticamente con todo detalle la evolución de la doctrina jurídica, tanto la anterior a Justiniano como la que después fue objeto de la recepción en Europa occidental. Por otra parte, los resultados de esas investigaciones históricas fueron sintetizadas en el *Pandektenrecht*, que representaba una formulación más cuidadosa y refinada de la doctrina romanista; la terminología abstracta del análisis racional fue empleada para describir los principios esenciales de justicia que se había manifestado en la evolución histó-

rica de los fenómenos jurídicos. De esta manera, sobre la base de una investigación histórica llevada a cabo con todo rigor científico, la escuela histórica de Savigny preparó un esquema racional de los principios jurídicos que en 1900 quedaron incorporados al Código Civil alemán. En cierto modo, ésta fue la última victoria del método axiomático en la exposición del derecho, expuesto en la terminología universal introducida por el Derecho natural del siglo XVIII y sometida a comprobación durante todo un siglo de intensa crítica científica de la doctrina jurídica.

V

El desarrollo de la ciencia del Derecho después de la introducción en Bolonia, durante el siglo XII, de los estudios de Derecho Romano, y la recepción de éste en Europa occidental en la forma que hemos esbozado, fueron hechos que se reflejaron de manera poderosa en España y después en América española. Las leyes contenidas "en el *cuerpo de Derecho civil Romano*", como hizo notar Sempere, quien por cierto se mostraba poco favorable a esa legislación, "fueron los elementos o fuentes principales del europeo moderno, y más particularmente del español" [7]. En la Península ibérica, después de los tiempos romanos, nunca se reconoció formalmente el valor de Derecho vigente al romano, aunque, a pesar de ello, su recepción como un Derecho común consuetudinario fue temprana y extensa. Gregorio López, hizo notar que el Derecho civil imperial y común romano "se reciben en el Reino en cuanto a razón natural, y no en cuanto a leyes, autoridad y potestad suya, pues no lo son, ni la tienen en los Reinos donde los Reyes y Príncipes de ellos no reconocen sujeción al Imperio romano, ni superior en lo temporal, como en los Reinos de España" [8]. Hasta que los seminarios locales no pudieron responder a la necesidad de estudios académicos, o, en otras

INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO.

PROEMIO.

Las leyes romanas formaban en tiempo del emperador Justiniano una masa inmensa y heterojénea acumulada en el espacio de trece siglos, durante los cuales Roma, pequeña aldea a las orillas del Tiber, subió por grados a la dominacion del mundo y pasó sucesivamente por todas las diversas formas de gobierno: monarquía constitucional en su infancia: aristocracia tiránica en su adolescencia: democracia templada por el influjo de la relijion y de la nobleza en la edad de su mayor virtud y gloria: democracia tumultuosa destrozada por las facciones; y en fin, imperio despótico, que en el Occidente fué presa de los bárbaros, y en el Oriente conservó largo tiempo una sombra de poder y opulencia.

Durante la monarquía y la República, el pueblo dictó las leyes. En los primeros cuatro siglos solo tuvieron fuerza y nombre de tales las que eran constituidas por el pueblo a propuesta del rei, o de un majistrado senatorio, que regularmente era un cónsul. Entre estas merecen particular noticia las de las doce tablas, cuya redaccion se confió a una majistratura estraordinaria compuesta de diez senadores (decemviri), que re

Primera página del "Proemio" de la edición de 1843 de las *Instituciones de Derecho Romano.*

palabras, desde mediados del siglo XII hasta aproximadamente el año 1300, los *letrados* de Aragón y de otras partes de España se educaron en Bolonia y en otras instituciones italianas. Después del establecimiento de universidades en Lérida, Valencia y, especialmente, en Salamanca a mediados del siglo XIII, fueron implantados los cursos de instrucción desarrollados en Italia, exclusivamente dedicados a los Derechos civil y canónico y particularmente influidos por el escolasticismo de la época. El resultado fue que Salamanca se convirtió en uno de los grandes centros de los estudios romanistas y la tradición de la enseñanza del Derecho civil Romano así instituida prosiguió durante siglos, hasta llegar al mismo siglo XIX. Como hizo notar en 1765 el docto Juan Francisco de Castro, en los *Discursos críticos:*

> "Es sin duda digno de admiración, que el Derecho Romano se haya llevado tanto la atención en los estudios generales, que haya dado lugar a hacer en sus Escuelas comemoración alguna del Derecho del Reyno. Y que los Estudios públicos, tan próvidamente distribuidos por todas partes para la instrucción de la Juventud en las Ciencias útiles a la República, sólo haya de servir en Jurisprudencia para la exposición de un Derecho extrangero. Es, vuelvo a decir, digno de admirar tantas Cáthedras, tan ricamente dotadas, tan insignes Maestros de unas Leyes, que sirvieron para la pacificación interior de los Romanos; y tanta indiferencia en las que sirven para el gobierno de los Españoles. Tanto aparato, y tan cuidadoso zelo en la doctrina de las Leyes muertas, y tanto descuido en enseñar las Leyes vivas. Empleando los estudiosos, cuyo fin es servir en España en cargos de Justicia, tantos años en meditar las Leyes de Roma y Constantinopla, como si las Universidades del Reyno fuesen Seminarios para exercer Preturas en el antiguo Imperio Romano" [9].

Con gran relieve se manifestaron la confusión y las quejas resultantes de la falta de atención a las leyes nativas y a causa de la intrusión de romanistas en los Tribunales, con sus sutilezas escolásticas. El esfuerzo de los reyes españoles para evitar que arraigaran las doctrinas ultramontanas, para prohibir o cuando menos restringir a Bartolus y Baldo la

cita de las autoridades de Derecho civil Romano en casos no previstos por la ley, y su exigencia de que en las universidades se enseñara el *Derecho real*[10], tanto como el *Derecho civil y canónico*, son un testimonio elocuente del predominio de la tradición del Derecho civil, alimentada en las universidades, y de la incertidumbre resultante en la aplicación del Derecho nacional, circunstancias que persistieron a pesar de las continuas quejas, hasta que el sistema de enseñanza del Derecho fue reformado durante el siglo XIX. Era natural que esta tradición fuera transferida por completo a las universidades creadas en América española durante el período colonial. Como ha hecho notar Basadre[11]:

> "A pesar de todo, durante la Edad Moderna, en cuyo pórtico está el descubrimiento de América, corre una invasión romanista en la doctrina y en la práctica que llega a impregnar a la jurisprudencia inmediatamente anterior a la codificación, es decir, hasta principios del siglo XIX. En las Universidades se enseñó exclusivamente el Derecho Romano y el Derecho Canónico durante los siglos XVI, XVII y buena parte del XVIII; y cuando bien avanzado éste, se empezó a enseñar el Derecho patrio, aquéllos no resultaron desplazados. Por otra parte, los manuales de Derecho fueron escritos bajo el plan romanista y monumentos jurídicos nacionales como las Partidas tenían una influencia clásica".

La recepción del Derecho Romano como un Derecho común por todos los dominios españoles sin duda alguna fue debida, en primer lugar, a la importancia que la educación universitaria atribuía al Derecho civil Romano. Pero recibió la ayuda de dos factores adicionales. El primero fue el alcance con que las doctrinas romanistas quedaron incorporadas a las leyes de España, especialmente en las Partidas. Como hizo notar Andrés Bello en su ensayo sobre "Latín y Derecho Romano", las *Partidas* "son un trasunto de las Pandectas romanas". En consecuencia, tenían que resultar forzosamente mal vistos los esfuerzos nacionalistas de la última parte del siglo XVIII y de comienzos del XIX para dejar formulados los principios del Derecho español desde el punto

de vista de la legislación local positiva sin recurrir al Derecho Romano como Derecho común supletorio, como se hacía, por ejemplo, en las influyentes *Instituciones del Derecho civil de Castilla* de Asso y del Río. La misma legislación indígena estaba impregnada con las doctrinas del Derecho Romano común [12].

Otra consecuencia, ciertamente fundamental, que resultó del influjo persistente del Derecho civil Romano se manifestó en la extraordinaria complejidad de las leyes españolas. A pesar del continuo esfuerzo de los monarcas de España para mantener la vigencia y aplicación de un *Derecho real* común, el desarrollo de un Derecho común nacional sufrió un efectivo retraso por efecto de las tendencias individualistas que caracterizan la historia española. En materia legislativa la autoridad real jamás fue tan completa como la que tuvo la Corona inglesa o incluso los mismos reyes de Francia. La consecuencia fue que hasta el siglo XIX las leyes de España consistieron en una serie de complicaciones sistematizadas de manera más o menos vaga, completadas por innumerables leyes especiales, ninguna de las cuales quedaba derogada, sino que eran consideradas todas ellas como de efecto acumulado. Comentando la ley promulgada en 1825 por el Congreso de *Gran Colombia* (que entonces comprendía Venezuela, Colombia o Nueva Granada y Ecuador), con objeto de determinar la prioridad en la aplicación de las leyes españolas, Aníbal Dominici ha caracterizado a esta masa de legislación, complementaria de las leyes de la República, de la siguiente manera:

> "Inmensa era la masa que en el transcurso de más de ochocientos años se había formado en España con los diversos fueros, códigos, ordenanzas y reglamentos, sancionados por las Cortes y por los Reyes de distintas épocas, y tan inextricable su estudio y aplicación, que el Congreso de Colombia se vio forzado en 1825 a fijar el orden en que, después de nuestras disposiciones legislativas, debían observarse las leyes españolas en el territorio de la República, una vez que obligaban a conservarlas en vigor las necesidades indeclinables de la organización y de la

defensa nacionales. Diose el primer lugar a las cédulas, órdenes, decretos y pragmáticas del Gobierno de la Península, anteriores al 18 de marzo de 1808, que tuvieron aquí entonces fuerza legal, luego a las leyes de la Recopilación de Indias, después a las de la Nueva Recopilación de Castilla y por último a las de las Siete Partidas" [13].

En general, en la época de la emancipación, además de las leyes coloniales recogidas en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680, era aplicable en América con carácter subsidiario la prolija legislación española según las siguientes reglas de interpretación: en primer lugar, una ley posterior o no "recopilada" derogaba la anterior relativa a la misma materia; segundo, las "leyes recopiladas" eran aplicables por el siguiente orden de prelación: 1º la Novísima Recopilación; 2º la Nueva Recopilación; 3º las Leyes de Toro; 4º el Ordenamiento de Montalvo; 5º el Ordenamiento de Alcalá; 6º los fueros locales, incluido el Fuero Real, el Fuero Viejo y el Fuero Juzgo; 7º las Partidas [14]. Como hizo notar Rodríguez de Fonseca en 1775 [15]:

"Como las Leyes de España se han ido estableciendo y aumentando en los términos referidos, los antiguos escritores de las materias del Derecho, aunque supongamos que fundaron sus opiniones en las leyes que en sus respectivos tiempos estaban en observancia, opinaron con variedad sobre los casos no prevenidos por la ley, y sobre las leyes de dudosa inteligencia: algunos de los que escribieron después, han copiado las opiniones de aquellos, sin examinar como debían, lo dispuesto en las leyes posteriores, establecidas para la decisión de los casos omitidos, y para las declaraciones, ampliaciones, limitaciones, correcciones y derogaciones de las antecedentes. Los que hicieron este preciso examen no se pudieron conformar con las opiniones de los primeros, y esta es la causa principal de la variedad de opiniones que se echa de ver al presente; a lo cual se añade también la distinta inteligencia e interpretación que los jurisconsultos han dado en todos tiempos a algunas leyes".

El resultado natural de semejante desorden en la voluminosa legislación española fue que incluso unos adversarios tan destacados en la aplicación del Derecho civil Romano

con carácter de Derecho supletorio, como Castro, se resignaron a que tuviera tal aplicación como la luz indispensable, aunque inadecuada, que se necesitaba en el laberinto del Derecho español hasta que pudiera ser metódicamente codificado [16]. Por esta razón era indispensable recurrir al Derecho Romano; como Andrés Bello hizo notar más tarde, "fuente de la legislación española que nos rige — es su mejor comentario" [17].

VI

El singular relieve de Andrés Bello en la historia del derecho americano se funda en la razón y no en la fuerza. Sus notables realizaciones en la enseñanza del Derecho y en la codificación del Derecho civil son tanto más de admirar si se tiene en cuenta que nunca se dedicó a la práctica jurídica y que jamás disfrutó del poder y prestigio que emanan de la participación en el mando supremo, con el que fueron generalmente logradas las reformas legislativas de tiempos pretéritos. En el caso de Bello, el alcance extraordinario y la clásica amplitud de su conocimiento enciclopédico, aplicado con juicio sagaz y laboriosidad prodigiosa, encontró la oportunidad feliz, única en tiempo y lugar, de prestar un importante servicio en el progreso de la cultura jurídica americana. Bello llegó a Chile en 1829, cuando era todavía reciente la emancipación del país de la dominación española y se encontraba ante la imperativa necesidad de reconstruirse cultural y materialmente, en legislación y educación jurídica, lo mismo que en otras ramas de la ciencia. El país exigía ante todo una constitución y un sistema de leyes adaptadas a la independencia recién conquistada, derogando la legislación caótica y en parte antiliberal del antiguo régimen. Como ha hecho notar Luis Claro Solar, "la idea de la codificación del Derecho civil de la República nació conjuntamente con la emancipación de Chile" [18]. Ya en 1811, el Proyecto de Constitución preparado por Juan Egaña,

anticipándose a proyectos ulteriores, tenía prevista una comisión legislativa dedicada a la reforma de las leyes de Chile. De la misma manera hace notar Mario Baera Marambio en su luminosa monografía sobre la historia externa de la enseñanza del Derecho en Chile, que durante los últimos años del siglo XVIII y, de manera todavía más destacada, en la primera mitad del siglo XIX las instituciones dedicadas a la enseñanza habían experimentado una decadencia progresiva, hasta el punto de que la situación estimuló varios proyectos de reforma, partiendo del que Juan Egaña propuso a la Junta de Gobierno de 1810 [19]. Mientras con los años maduraban los frutos de la monumental aportación de Bello a la obra legislativa, que culminó en 1855 con la promulgación del Código civil, sus actividades educativas, que sin duda no eran de inferior importancia y que incluían la organización de la Universidad de Chile, inaugurada en 1843 y de la que fue el primer rector hasta mucho tiempo después, habían empezado casi en el mismo instante de tocar el suelo chileno y no terminaron hasta su muerte en 1865.

Poco tiempo después de su llegada a Santiago en 1829, Bello fue invitado a suceder a Juan Francisco Meneses como rector del Colegio de Santiago, que acababa de ser creado para combatir la influencia del Liceo de Chile, fundado en 1829 por un grupo de los "pipiolos" liberales y que estaba dirigido por José Joaquín Mora, un jurista español de méritos extraordinarios con el que Bello anteriormente había tenido amistosas relaciones en Londres. Sin embargo, en esta ocasión Bello pronto se enzarzó con Mora en una controversia algo pueril sobre los refinamientos del lenguaje castellano; después de la batalla de Lircay, las imprudencias de Mora indujeron a Portales a transferir las subvenciones de las que dependía el Liceo al Instituto Nacional y Mora tuvo que buscar pronto asilo en Perú. Entretanto, en el Colegio de Santiago, Bello daba lecciones de literatura y gramática española, y también de Legislación Universal, una cátedra debida a su iniciativa que le permitiría cultivar el estudio

de las obras de Bentham, al que ya se había dedicado intensamente en Londres. Después de la clausura del Colegio, en 1831, inauguró un curso privado de estudios en su propia casa, incluyendo, además de la Legislación Universal, el Derecho de gentes y el Derecho Romano. El éxito de estas efímeras aventuras pedagógicas de Mora y de Bello inspiró, en 1832, una reforma del plan de estudios en el Instituto Nacional, el órgano educativo central en Chile [20]. Lo previsto en ese plan equivalía sustancialmente al programa de estudios de Derecho trazado por Bello. De los cuatro cursos principales, tres habían sido anticipados en su curso privado y aparecen como resultados concretos de su influencia. Son, en primer lugar, el curso sobre Derecho de gentes, incluyendo Derecho marítimo y diplomático, el campo de los destacados servicios de Bello en el Ministerio chileno de Relaciones Exteriores y en el que su clásico tratado *Principios de Derecho de Gentes* fue publicado por primera vez en 1832; en segundo lugar, el curso de legislación universal, que Bello había iniciado en el Colegio de Santiago y continuado en su curso privado; y en tercer lugar el de Derecho Romano, que anteriormente no se había tomado en consideración en el curriculum del Instituto y que ahora quedaba incluido como resultado de los persuasivos argumentos de Bello. Precisamente con motivo del último curso, continuado después de la creación de la Universidad de Chile en 1842, preparó Bello las obras de Derecho reproducidas en este volumen. De esta manera no sólo restableció el estudio del Derecho Romano en Chile, sino que, como ha hecho notar su biógrafo, preparó el texto relativo a esta materia que fue usado durante varios años después de su muerte [21].

Antes de entrar en el examen concreto de estas obras de Bello sobre Derecho Romano, es pertinente advertir cuál fue la base de su interés por esta materia, y, de manera más particular, la razón de que usara el texto publicado por Heineccius en 1727 como fundamento de la enseñanza.

Sobre la primera de estas cuestiones, conviene recordar

que los primeros estudios de Bello en Caracas comprendieron dos años de estudios de derecho, que sin duda, a pesar de que no le dieron el título de *abogado*, debieron proporcionarle una completa iniciación en los materiales romanos a la manera de la época. La enseñanza de esta materia que se proporcionaba *circa* 1800 en la Universidad Real y Pontificia de Caracas, como entonces se llamaba la que después de 1827 fue la Universidad Central de Venezuela, ha sido descrita de la siguiente manera:

> "Más tarde la Cátedra [de Instituta] se denominó de Instituta y Derecho civil y tuvo diferentes Profesores, entre los cuales podemos citar desde 1798 al Dr. Juan Germán Roscio, entusiasta propulsor de nuestros estudios jurídicos. Para 1803 tenía cuarenta y cinco alumnos y el nombrado profesor, para cumplir su cometido, debió ampliar sus lecciones en todas las materias de Prima y Vísperas para la enseñanza del Derecho Romano y por ello se vio precisado a realizar la tarea de tres profesores.
>
> "Por este tiempo y años posteriores se leía el tratado de D. Claudio Josef Terrier sobre los cincuenta libros del Digesto y demás Códigos del Derecho Romano, a lo cual se agregaba el estudio y citas de las Leyes de las Partidas, de la Nueva y de la Novísima Recopilación, de las Cédulas, Ordenanzas y Reales Órdenes, y de todo lo conducente al aprovechamiento e ilustración de los alumnos. Además, se daban conferencias semanales de los párrafos de Instituta de Justiniano y se seguía en ellas la exposición hecha en la obra intitulada *Vinio castigado,* del Pbro. D. Juan Sala, de la Metropolitana de Valencia y Catedrático de Prima de Leyes en la Universidad de la misma población. Se leían también los cuatro libros de la Instituta de D. Antonio Pérez, y en cuadernos separados cada alumno realizaba ejercicios y prácticas.
>
> "Se estudiaba también el Derecho natural con nociones generales de Derecho político, sociología, filosofía del derecho y Derecho internacional. Y se profundizaba en Derecho penal y en materias que hoy corresponden al Procedimiento Civil y al Derecho Mercantil.
>
> "Muchos años después, ya alcanzada la Independencia, se eliminó la Facultad de Cánones, y ambos Derechos se estudiaron en una misma Facultad denominada de Jurisprudencia" [22].

turam vivere. Natura iisdem erat vel hominibus cum brutis communis, vel illis propria. *Ex communi* Jus naturæ; *ex propria* Jus gentium derivabant, *L. 1. §. 3· et 4. D. de just. et jur.*

§. 37. Quemadmodum ergo *jus naturæ* omnibus animalibus; ita Jus gentium *solis hominibus inter se commune esse* docebant: *L. 1. §. 4. D. h. t.* idque illis vel primarium, vel secundarium erat, quamvis hæc vocabula artis veteres ignorent.

§. 38. Primarium dicitur, *quod naturalis ratio*, (non natura communis, sed propria hominibus §. 36.) *inter omnes homines constituit, et apud omnes peræque custoditur*. §. *2. Inst. h. t. L. 1. pr. D. de adquir. rer. dom.*.

§. 39. Secundarium; *quod usu exigente et humanis necessitatibus est introductum*. §. *1. Inst. h. t.* vel, uti Modestinus *L. penult. D. de legib.* definit, *quod necessitas constituit*. Merill. *Variant. Cujac. Lib. 1. cap. 1*. Primarium ergo *absolutum*, secundarium *hypotheticum* est.

§. 40. Ita veteres. Nobis, quos nemo Stoæ, tamquam glebæ, adscripsit, Jus naturale *est jus ab ipso Deo generi humano per rectam rationem promulgatum. Epist. ad Rom. II. 15*

§. 41. Jus gentium vero est *ipsum jus naturale, integrarum gentium negotiis et caussis adplicatum*. Pufendorff. *de jur. natur. et gent. Lib. II. cap. 3.* §. *23.*

§. 42. Jus divinum positivum denique, (§. 35.) *quod per sacras litteras promulgatum, ex recta ratione sola non innotescit*; vel humano generi commune, vel genti Judaicæ proprium est, et hinc in universale et particulare distingui solet. Ad prius referunt præcepta et leges *Gen*. IX. 6. *Lev*. XVIII. et XX. et similia.

§. 43. Huic juri divino opponitur humanum (§. 34.) quod et civile dicitur, et Cajo nostro est *jus, quod quisque populus sibi constituit, et cujusque civitatis proprium est. L. 9. D. de just. et jur. Kat' exochen civile* vocatur jus Romanum, vel Quiritium; quemadmodum et Roma *kat' exochen urbs* dici solebat. §. *2. Inst. h. t.*

§. 44. Populus vero liber vel *expresse* sibi jus constituit, vel *tacite*. Quid enim interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? *L. 32. § 1. D. de legib.* Unde differentia juris scripti, *engrafou*, et non scripti, *agraphou*. §. *3. Inst. h. t. L. 6. §. 1. D. de just. et jur.*

§. 45. Juris scripti species apud Romanos ob mutatam subinde formam reipublicæ erant plures. Nam eo §. 3. *Inst. h. t.* referuntur I. *Leges, II. Plebiscita, III. Senatusconsulta, IV. Principum placita, V. Magistratuum edicta, VI. Responsa prudentum*, quæ et strictissime *jus civile* dici solent. *L. 2. §. 5. D. de orig. jur.*

§. 46. Lex est, *quam populus Romanus*, (id est, patricii et plebs conjunctim, qui et Quirites dicuntur,) *senatorio magistratu rogante, veluti consule*, (dictatore, tribuno militum cos. potest. decemviris, prætore, et quidem in comitiis olim curiatis, *L. 2. §. 2. D.*

Páginas 26 y 27 del *Derecho Romano* en la edición bilingüe

segun la naturaleza; i siendo esta comun a los hombres con los brutos o peculiar de los primeros, de la naturaleza comun derivaban el DERECHO NATURAL, i de la propia el DERECHO DE JENTES.

Enseñaban pues que asi como el derecho natural era comun a todos los animales, el derecho de jentes era solo comun a los hombres entre sí, distinguiéndolo en PRIMARIO i SECUNDARIO; si bien estos términos técnicos no fueron conocidos de los antiguos.

Se dice PRIMARIO *el que la razon natural* (es decir, no la naturaleza comun, sino la que es propia del jenero humano), *ha constituido entre todos los hombres, i todos ellos uniformemente conservan*.

SECUNDARIO, el que se ha introducido por las necesidades i la utilidad de los hombres.

El PRIMARIO es pues *absoluto* i el secundario *hipotético*.

Así los antiguos; nosotros, que no somos ascriptos al Pórtico, cual si fuese a la gleba, entendemos por DERECHO NATURAL *el que Dios mismo ha promulgado al jénero humano por medio de la recta razon:*

Por DERECHO DE JENTES *el mismo derecho natural aplicado a los negocios i causas de naciones enteras.*

En fin el DERECHO DIVINO POSITIVO, que es *el que Dios ha revelado i la recta razon no nos da a conocer por sí sola*, o es el comun a todo el jénero humano, o es el propio de la nacion judaica; i de aquí es que suele dividirse en UNIVERSAL i PARTICULAR.

A este derecho divino se opone el HUMANO, llamado tambien CIVIL, que, segun Cayo, es el *derecho que cada pueblo ha constituido para sí i que es propio de cada ciudad o Estado*. Por excelencia se llama *civil* el derecho romano o de los Quirites, al modo que la misma Roma solia llamarse por excelencia la Ciudad. (2)

Un pueblo libre constituye su derecho *expresa* o *tácitamente*: porque tanto vale que el pueblo declare su voluntad por su voto, como que lo haga de un modo real por los hechos. De donde proviene la diferencia entre el derecho *escrito* i *no escrito* (3).

Entre los romanos, a causa de las mutaciones que de tiempo en tiempo sobrevinieron en la forma de su gobierno, habia varias especies de derecho escrito; porque a esto se refieren en las Instituciones de Justiniano 1.° Las *leyes*; 2.° los *plebiscitos*; 3.°, *los senadoconsultos*; 4.°, *las voluntades de los príncipes*; 5.° *los edictos de los majistrados*; 6.° *los dictámenes o respuestas de los jurisconsultos*. Estas últimas se llamaban *derecho civil* en el mas estricto sentido.

Es LEI *la que el pueblo romano* (es decir, los patricios i la plebe juntamente, que se llaman tambien Quirites) *constituia a peticion de un majistrado senatorio* (esto es, un dictador, o cónsul, o tribuno de los soldados con potestad consular, o pretor; i esto primitiva-

latín y en castellano, tal como se propuso publicarlo Bello.

Este curso intensivo y ciertamente tradicional en el estudio del Derecho civil, al que estuvo sometido Bello durante algún tiempo en una fase muy receptiva de su carrera, pudo ser la causa de su posterior interés por el Derecho Romano; cuando menos, pudo haber llamado su atención sobre la importancia de los textos clásicos en comparación con la legislación española. En todo caso, en el amplio e influyente programa que propuso para el mejoramiento de la enseñanza en Chile, la insistencia para que se incluyese un curso de Derecho Romano en el curriculum del Instituto Nacional, al que antes nos hemos referido, y lo que sobre el particular manifestó en varias ocasiones [23], prueban claramente la plena convicción de Bello sobre el valor de la enseñanza del Derecho Romano como un elemento esencial, incluso primordial, de la educación jurídica más adecuada. Tiene interés hacer notar en qué se fundó Bello en su persistente defensa del Derecho Romano para dicha finalidad, pues en cierto sentido son razones que complementan las que expuso Savigny. Mientras éste destacó el valor del Derecho Romano como un medio de integrar la teoría con la práctica y mejorar así la ciencia del Derecho, Bello llamó la atención sobre su importancia fundamental como comentario de la legislación vigente y, de manera especial, como medio de proporcionar una educación científica en lógica jurídica que permitiera la mejor aplicación de las leyes a los casos particulares; dicho en otras palabras, como medio de mejorar la práctica jurídica. Como hizo notar en su conocido artículo sobre "Latín y Derecho Romano", publicado en El Araucano, en 1834:

> "Nosotros creemos que aun la legislación más clara y metódica necesita de comentarios, porque no es lo más difícil entender las leyes (y en las nuestras no es éste un negocio de pequeña dificultad), sino penetrarse de su espíritu y saber aplicarlas con acierto; operaciones delicadísimas, en que, siendo fácil al mejor entendimiento extraviarse, no le estará nunca de más llamar a su auxilio las luces de aquellos que han ilustrado esta parte difícil de los conocimientos humanos. El juris-

consulto tiene que aplicar las leyes a todos los negocios de la vida, le es necesaria por consiguiente una exacta clasificación de todos ellos; y como el número de las leyes es siempre infinitamente menor que el de los casos, y éstos varían infinito entre sí, sin un hilo que le conduzca por este intrincado laberinto, está en peligro de tropezar y de perderse a cada paso. Ahora bien, el Derecho Romano, fuente de la legislación española que nos rige, es su mejor comentario; en él han bebido todos nuestros comentadores y glosadores; a él recurren para elucidar lo oscuro, y restringir esta disposición, ampliar aquélla, y establecer entre todas la debida armonía. Los que lo miran como una legislación extranjera, son extranjeros ellos mismos en la nuestra" [24].

En la concepción de Bello, la administración de justicia es la rama principal del gobierno de un pueblo y de ella depende su progreso. Los errores de un teólogo herético, de un matemático descuidado, de un físico incompetente no son tan perjudiciales para la comunidad, por quedar limitados sus efectos a pocas víctimas, como resultan serlo las decisiones injustas de un juez que fomentan la corrupción pública. Por esta razón, Bello consideró como algo fundamental la educación científica proporcionada por el Derecho Romano; como hizo notar en la crítica del plan de estudios propuesto por la comisión nombrada por el Gobierno en 1832, "Primeramente deben conocerse los principios generales del derecho y pasar después a las deducciones particulares" [25]. En consecuencia, el estudio del Derecho de Gentes y de la legislación universal debería estar precedido por la enseñanza del Derecho Romano: la relación entre las naciones y los principios de la legislación no pueden ser comprendidos sin entender las relaciones entre los individuos según resultan definidas en el fundamental Derecho civil común. Incluso llegó a declarar Bello que el curso institucional del Derecho nacional, que si no incluyera "numerosos boletines y gacetas" sólo podría referirse al Derecho de Castilla, era "enteramente inútil", pues después del estudio de las instituciones de Derecho Romano, las de Castilla no ofrecerían nada nuevo que debiera aprenderse y el tiempo necesario para hacer

notar pequeñas diferencias podría ser mejor empleado en el estudio de la historia eclesiástica y del Derecho canónico [26].

Los puntos de vista de Bello sobre la enseñanza del Derecho no parece que fueran sustancialmente alterados en años posteriores. Entre 1845 y 1853 estudió los principales comentarios del Código civil francés que anteriormente no le habían sido asequibles y, como resultado, introdujo ciertos cambios en el Proyecto de Código civil. También se familiarizó con las principales obras de Savigny, la *Geschichte,* y el *System,* sin duda a través de las traducciones francesas cuyos primeros volúmenes aparecieron en 1830 y 1840, respectivamente, pero no existe ninguna prueba de que estuviera familiarizado en general con la abundante literatura jurídica que durante los mismos años se publicaba en Alemania. Cuando menos es dudoso que Bello apreciara el significado de la escuela histórica, que de hecho representaba la antítesis de la filosofía benthamista y que, de momento, se oponía a la codificación, cosas, ambas, que se hallaban entre las que más interesaban a Bello. En su *Discurso* como rector de la Universidad de Chile, en 1848, se refirió de paso al método histórico, pero considerándolo solamente como un medio de lograr que fueran asequibles las fuentes del Derecho. En realidad, las observaciones que hizo en tal ocasión confirman puntos de vista expuestos anteriormente:

> "El objeto de que se trata es la formación del jurisconsulto científico; el aprendizaje de aquella lógica especial, tan necesaria para la interpretación y aplicación de las leyes, y que forma el carácter que distingue eminentemente la jurisprudencia de los romanos. Para hacerlo, es preciso poner al alumno en estado de consultar las fuentes; y el método histórico es el que nos las hace asequibles" [27].

La promulgación de códigos tampoco afectó a la creencia de Bello en la necesidad del estudio del Derecho Romano para la formación científica de los juristas; en el *Discurso* de 1848 coincidió con Savigny y citó, en apoyo de su parecer,

el uso inteligente que los juristas franceses hicieron de los materiales romanos en la interpretación del *Code civil*[28]. Al referirse nuevamente, en 1859, al ejemplo que proporcionaba la ciencia jurídica francesa, recomendó que fuera ampliada la enseñanza del Derecho Romano por la razón de que, si la materia no se estudiara con suficiente amplitud, sería "un libro cerrado".

Para "el sabio pleno", como Rafael Caldera ha caracterizado felizmente a Bello, en quien unos extensos conocimientos quedaban integrados en "esa magnífica unidad humana que presidió la increíble variedad de su grandiosa labor"[29], no sólo era inevitable que el Derecho Romano, como elemento lógico fundamental de la ciencia del Derecho, constituyera un medio indispensable para la educación de los profesionales del Derecho y la elevación de nivel de la administración de justicia, sino que además la tradición clásica del *mos gallicus,* de Cuiacius, Heineccius y más recientemente Savigny, debería haber inspirado sus aportaciones a esta materia. Como antes hemos sugerido, esas aportaciones fueron realizadas cuando los amplios resultados alcanzados por la escuela de la "jurisprudencia elegante", felizmente sintetizados en las obras de Heineccius, todavía no habían sido superados por las investigaciones más profundas de la escuela histórica de Savigny. Como ha hecho notar precisamente Arangio-Ruiz, para la historia del Derecho Romano las obras del primero todavía no han perdido su interés[30].

Como se recordará, lo más importante de las obras de Heineccius sobre Derecho Romano fueron los textos más ampliamente difundidos de la época, con frecuencia complementados por las conocidas *Institutas* de Arnold Vinnius, publicadas por primera vez en 1642 y revisadas por Heineccius en la edición de 1726. Estas obras fueron reproducidas en gran número de ediciones y lo que tiene especial interés al tomar en consideración su uso por parte de Bello en la enseñanza del Derecho Romano, es que las más impor-

tantes de las obras de Heineccius habían sido traducidas al vernáculo antes de 1840: existían ediciones de la *Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum* en francés (1812) y en español (1836, 1852), de la *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum* en español (1834), y especialmente de las *Recitationes* en español (1837, 1842, 1847, 1870, 1875, 1879). Incidentalmente, la circunstancia de que las *Recitaciones* y la institucional *Elementa* fueran anotadas por Vélez Sarsfield en concordancia con la legislación española tiene interés para señalar la coetánea difusión de esas obras en otras partes de América latina [31].

Aparte de la amplia difusión de esos textos y de que fueran tan asequibles en español, puede observarse que la concepción que se halla en la base de las obras de Heineccius —el llamado método axiomático— se avenía por completo con el primordial interés de Bello, como buen discípulo de Bentham, por la obra codificadora de los principios jurídicos y su convicción de que el Derecho Romano, como la expresión clásica de esos principios, debería formar la base lógica de la educación jurídica para que antes de la codificación se supiera el camino a seguir entre la gran cantidad de legislación existente, y después de la codificación para disponer de un recto criterio en la interpretación de los principios declarados en el código. Esos objetivos estaban ciertamente implícitos en el método axiomático, que trataba de exponer los principios del Derecho Romano como derivación lógica de sus concepciones fundamentales, como un cuerpo coherente de ideas. Con semejante formulación, no sólo quedaba facilitada su comprensión por los estudiantes de Derecho, sino que, como ya hemos hecho notar, se facilitaba la incorporación de las doctrinas expuestas en los sistemas del Derecho natural y en los códigos modernos.

VII

De las obras de Bello sobre Derecho Romano incluidas en este volumen, sólo las *Instituciones de Derecho Romano* han sido publicadas con anterioridad. Lo fueron por vez primera en 1843, sin prefacio ni indicación de autor, pero con el complemento de un esquema de la materia, *Programa del Derecho Romano*. Fue posteriormente reimpresa en cuatro ediciones de los años 1849, 1871, 1878 y 1890, todas ellas con el Programa [32]. En la llamada tercera edición de 1878, que los editores me han proporcionado amablemente, la obra está encuadernada con un texto más extenso, *Explicaciones de Derecho Romano,* que en la segunda edición de 1877. Las *Instituciones* comprenden en este volumen 224 páginas, y las *Explicaciones*, 447. Como indica el prefacio de la última obra, titulado "Dos palabras" y firmado por "Los alumnos de 1er. año de Derecho", las *Explicaciones* son efectivamente una reproducción revisada de las lecciones que durante el mismo tiempo se daban sobre Derecho Romano en la Universidad de Chile, preparada por los estudiantes de primer año con la finalidad de facilitar el estudio de la materia. Como era de esperar, tanto las *Instituciones* como las *Explicaciones* siguen el mismo plan general, a saber, un breve resumen histórico de las fuentes del Derecho Romano al que sigue una exposición correlativa de los títulos de la Instituta de Justiniano. Sin embargo, existen algunas diferencias: unos pocos títulos están incluidos en la lista sin ningún comentario en uno y otro texto; el título "Cognación servil", que no aparece en la Instituta de Justiniano ni en las *Explicaciones,* está incluido como título VII del libro III en las *Instituciones* y parece que tal encabezamiento deriva de las *Recitationes* de Heineccius [33]; existen otras diferencias al tratar de la sucesión intestada, pues, como ya se ha indicado, las *Instituciones,* lo mismo que la *Elementa* de Heineccius, siguen la Instituta de Justiniano, con un apén-

dice (págs. 137-140) que se refiere al sistema de sucesión intestada introducida por la Novela 118, mientras que las *Explicaciones* adoptan la más breve exposición de este sistema en seis títulos, como aparecen en las *Recitationes,* en lugar del superfluo esquema de los trece títulos que dedica a la misma materia el texto de Justiniano. Al parecer, esto último era lo más corriente en la práctica; como indicaba Heineccius en las *Recitationes,* "es costumbre de las academias pasar por alto estos trece títulos que sólo se refieren al Derecho antiguo, pues, promulgado ya su Código, Justiniano publicó la Novela 118 que alteró toda la sucesión intestada" [34]. Aparte de estas pequeñas variaciones de detalle, ambas obras siguen el esquema de Heineccius, pero con dos cambios de importancia. En primer lugar se prescindió del sistema de párrafos correlativamente numerados y, en segundo lugar, el mismo texto fue refundido en forma más simple y escueta, sin las ocasionales referencias a la literatura jurídica que aparecen en el texto original de Heineccius.

No se conoce con certeza bajo qué circunstancias preparó y publicó Bello las *Instituciones.* Miguel Luis Amunátegui, su biógrafo como ya hemos hecho notar [35], expresó en 1882 que durante sus lecciones de Derecho Romano, Bello "dictó" las Instituciones de Heineccius a sus alumnos, añadiendo que no podía precisar si Bello tradujo libremente esta obra (los *Elementa* de 1727) del latín o si utilizó una traducción española. La única cosa cierta es que nunca quiso que se diera su nombre a la obra publicada en 1843. En sus *Recuerdos Literarios,* J. V. Lastarria, que había sido un discípulo de Bello en el Colegio de Santiago, después de criticar la tradición docente de aquel tiempo, hizo constar lo siguiente: "Así, por ejemplo, insistía a pesar de nuestras reclamaciones y a pesar de dictarnos en español las lecciones de Derecho Romano, que hoy son tan conocidas, en hacernos estudiar de memoria la Instituta de Justiniano y de comprensión los comentarios de Vinnio" [36]. A falta de pruebas más concretas, hemos de limitarnos a conjeturar si las *Insti-*

tuciones fueron preparadas sólo por Bello, o si, como parece que sucedió con las posteriores *Explicaciones*, se trataba igualmente de una reproducción de sus lecciones transcritas por un estudiante, aunque sin duda revisadas por el mismo Bello.

En todo caso, este "diminuto compendio", como lo califica Amunátegui [37], proporcionaba una exposición elemental del sistema jurídico romano en lengua española, inteligible por los estudiantes de primer año de Derecho y que, por ello, sirvió para difundir en el mundo occidental de Chile un conocimiento precioso aunque elemental, de las fuentes clásicas del Derecho civil Romano. Pero no se trataba de una obra original que pudiera compararse con las destacadas aportaciones de Bello a la codificación del Derecho civil o a sus realizaciones en otros campos del conocimiento; ni puede compararse como exposición científica del conocimiento corriente del Derecho Romano con los textos que en la misma época se habían publicado en Francia y en Alemania, como los de Ortolán y Mackeldey, para citar algunos. En realidad, nadie tuvo idea más clara que el mismo Bello de las limitaciones de las *Instituciones*, desde un punto de vista científico, por cuya razón, *circa* 1848, comenzó a preparar un tratado de Derecho Romano más comprensivo, en el que debería tenerse en cuenta la literatura alemana y francesa del siglo XIX. Como hizo constar en su *Discurso* pronunciado como Rector de la Universidad de Chile en 1848:

> "Yo deduzco de estas observaciones la necesidad de dar algún ensanche al estudio del Derecho Romano, por medio de un texto más comprensivo y sustancial. El que sirve ahora es demasiado mezquino y pobre; y la instrucción que suministra no es comparable a la que se daba en nuestros mismos establecimientos literarios cuarenta o cincuenta años ha. La formación de un nuevo texto, en que se dé a la materia la amplitud que reclama, aprovechándonos para ello de lo mucho y excelente que se ha publicado en la Alemania y la Francia en estos últimos años, es una obra a que la facultad de leyes se ha creído llamada, y en que ya se trabaja" [38].

Existe poca duda de que el "texto más comprensivo y sustancial" destinado a proporcionar una enseñanza más adecuada del Derecho Romano, que Bello entonces proyectaba y en el que, como hizo notar, ya trabajaba la facultad de Derecho, había sido muy significativamente emprendido por el mismo Bello. Debemos a la atenta labor de los editores de este volumen que los fragmentos completados por Bello de su proyectada "obra magistral" aparezcan aquí por primera vez publicados como "Principios del Derecho Romano según el orden de las Instituciones de Justiniano".

Como ha hecho notar Amunátegui, en esta obra el texto de Heineccius ha sido enriquecido con importantes correcciones, numerosas adiciones y notas de exposición fundadas en los más famosos comentarios del Derecho civil [39]. El examen aleccionador de los manuscritos disponibles y de los materiales parcialmente impresos, que nos han facilitado los editores de este volumen, y que fueron preparados por Bello en consideración a su ambiciosa empresa, permiten formular sobre la misma algunas observaciones generales relativas al profundo interés de Bello en el mejoramiento de la enseñanza del Derecho y al alcance cada vez más amplio de su conocimiento del Derecho civil.

Ante todo aparece de manera indudable que el proyecto fue abandonado mientras todavía se hallaba en una fase experimental. Diversas partes habían sido objeto de reelaboraciones sucesivas siguiendo sistemas diferentes. En primer lugar se advierte una reproducción del texto latino de Heineccius, *Elementa juris civilis semundum ordinem Institutionum*, con una traducción española en las páginas opuestas, acompañada de un comentario y en párrafos numerados como el texto original; después aparece un texto español sustancialmente independiente, cuyas materias van numeradas de manera semejante, pero que omite varios párrafos incluidos en los *Elementa* de Heineccius; en tercer lugar, un texto revisado y sin la característica numeración por párrafos, pero con una exposición de la materia tratada que

aparece dividida según los títulos de la Instituta; finalmente, como ya sugiere el Apéndice sobre personas jurídicas, en el que se nos da un resumen de lo que Savigny expone sobre el particular, el esquema fundamental del tratado proyectado era objeto de adiciones monográficas cuando parecía conveniente dar cuenta de las teorías más recientes.

En segundo lugar, una comparación de las últimas revisiones preparadas por Bello con los correspondientes pasajes del texto de Heineccius demuestra claramente que se procuró hacer un resumen más adecuado de los materiales de Derecho Romano a la luz de otros autores consultados, en lugar de una simple transcripción del texto fundamental. La exposición es, ciertamente, la de Bello, y sobre determinados problemas se citan los puntos de vista de distintas autoridades: Cujacius, Vinnius, Pothier, Marezoll, Du Caurroy y otros, lo mismo que Savigny. Al propio tiempo lo mismo que sucede en las *Instituciones*, la obra se refiere al Derecho Romano clásico, considerado como un sistema unitario de justicia según el punto de vista de Heineccius, y sólo de manera incidental se ocupa de la evolución de la doctrina jurídica romana de la antigüedad, y muy raramente de su proceso evolutivo a partir de Justiniano; pero tiene el mérito, en contraste con el texto primitivo, de hacer frecuente referencia a las fuentes clásicas.

En tercer lugar, aunque sería interesante especular a base de lo que habría resultado del examen ulterior de la literatura corriente sobre Derecho Romano, y especialmente de las obras de Savigny, si la empresa hubiese proseguido, conviene advertir que los materiales de que disponemos no permiten deducir con seguridad hasta qué punto Bello estuvo bajo la influencia de las nuevas concepciones de la escuela histórica. Fueron redactados proyectos a base de las investigaciones de Savigny, especialmente al preparar la relación de las fuentes en el Proemium histórico, en la exposición analítica de los derechos subjetivos privados y en el Apéndice sobre personas jurídicas. De estas y de otras referencias

se desprende con claridad que Bello estaba familiarizado con las doctrinas de Savigny. Pero las pruebas de que dispone el autor de estas líneas apenas permiten señalar hasta qué punto había acogido las grandes concepciones de la escuela histórica; la idea de que el Derecho Romano debía ser considerado como una síntesis histórica de doctrina, práctica y literatura, desde su origen primitivo y a través de la codificación de Justiniano hasta la Edad Media y los tiempos modernos; el punto de vista fundamental de que la ciencia del Derecho consiste en un estudio de fenómenos sociales históricos y que el Derecho es un producto autónomo de la vida de la comunidad, de manera semejante al lenguaje; el postulado fundamental de que el Derecho civil Romano es Derecho privado y expresión autónoma, como tal, de la libre voluntad del individuo. Todavía resulta menos claro que Bello captara el matiz nacionalista de la doctrina. Estas nuevas concepciones que dominaban en los estudios jurídicos romanistas del siglo XIX, no se habían limitado a dejar superado el sistema axiomático de Heineccius, en definitiva fundado en una concepción simple, lógica y, en último análisis antihistórica del sistema de Derecho Romano, sino que, como también hemos hecho notar, eran esencialmente opuestas a la formación doctrinal de Bello, basada en la filosofía jurídica benthamista y en su consiguiente fe en la codificación.

También merece ser tenido en cuenta que la situación política y cultural que Bello trató de reformar era diferente, en importantes aspectos, de aquella en la que fue concebida la escuela histórica. Bello se preocupó de manera primordial de elevar el nivel de la enseñanza del Derecho, lo mismo que la docencia en otros campos del saber, en un medio cultural relativamente poco desarrollado, mientras que Savigny, el fundador de la escuela histórica, trató de proteger a la floreciente ciencia jurídica alemana autóctona, que acababa de ser liberada de la bota de Napoleón, contra la imposición de un código extranjero. De ahí que el *usus modernus*, el Derecho civil común de Alemania, fuera considerado por Savigny

con más favor del que Bello pudo posiblemente reconocer a la heterogénea legislación de la Corona española, de cuya tiranía Chile había sido liberada hacía una generación. Chile fue, por esta razón, un terreno predispuesto a la recepción de códigos nacionales y necesitaba de manera urgente que se perfeccionara la enseñanza del Derecho; pero apenas podía tolerar la noción fundamental de la escuela histórica, forjada por otros factores y con un marcado acento nacionalista, a saber, que las leyes positivas existentes, esto es, las de España, merecían perpetuarse como el Derecho representativo de la sociedad.

Sería precipitado llegar por ello a la conclusión de que Bello interrumpió la preparación del amplio tratado de Derecho Romano que había proyectado por comprender la oposición que existía entre la situación de Chile y su primordial interés por los materiales del Derecho Romano clásico que le eran familiares y por otra parte, los dogmas de la escuela histórica con todo lo que implicaban. Aparte de las alteraciones en el sistema de exposición que resultan de los manuscritos que ahora se publican, no existe ninguna prueba de que había advertido la incongruencia de proponerse la adaptación de los materiales romanos sintetizados por la escuela histórica al lecho de Procusto del esquema institucional de Heineccius. Existen en todo caso explicaciones más plausibles del hecho de que Bello abandonara el proyecto, semejantes a las que previamente dieron lugar a que desistiera de la preparación de un código de comercio. Además de sus abrumadoras obligaciones oficiales, Bello tenía propuestos objetivos más vastos y urgentes, incluso en el terreno de la ciencia jurídica, mientras que la redacción de un amplio tratado de Derecho Romano exigía tener en cuenta todo el desarrollo científico en este particular y hubiese exigido la tarea de toda una vida que Bello no podía dedicar a esa finalidad.

El significado de esta obra incompleta de Andrés Bello no se halla en lo que fue realizado, sino en lo que con tanto

alcance fue concebido y que es un testimonio perdurable de su comprensión del valor del Derecho Romano para la educación jurídica. Representa el epílogo de su destacada contribución a la ciencia jurídica chilena. En contraste con el romanticismo de la época, que no sólo hubiese eliminado las leyes de España, sino incluso el mismo Derecho de Roma, como productos de la antigua tiranía, Bello dio nueva vida a la inspiración que pueden proporcionar las fuentes clásicas del Derecho común Romano y estableció una base sólida para el desarrollo de la educación jurídica en América, centrada en el estudio fundamental del Derecho Romano. Esta fue una de sus grandes contribuciones, resultante de su docencia ejemplar, de su persuasivo consejo y de su penetrante visión como rector de la Universidad de Chile.

(Versión castellana de José Puig Brutau).

NOTAS

1 "Introducción histórica", tomo 2, *Los Códigos Españoles* (1848) p. xvii.

2 *Europa und das Römische Recht* (1953) pp. 6 y ss.

3 C. N. S. WOLF, *Bartolus of Sassoferrato* (1913), p. 5.

4 "Savignys Marburger Methodenlehre", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte,* 53 Rom. Abteilung (1933), p. 465. Estas lecciones fueron publicadas en Friedrich Karl con Savigny, *Juristische Methodenlehre, herausgegeben von Gerkard Wesenberg* (1951).

5 E. G. op. cit. supra, p. 471. Para más detalles sobre esta cuestión véase ERIK WOLF, *Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte* (1951), pp. 464 y ss.

6 *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Dritte Abteilung,* Erster Halbband (1898), pp. 197 y ss.

7 *Historia del derecho español* (1846), p. 26. En este pasaje, el autor resume sus observaciones sobre los méritos y defectos del Derecho Romano con la cita de la afirmación, muy típica de su época, de M. de Pilati de Tassulo, que "De todos los pueblos civilizados los romanos han sido los que tuvieron más malas leyes, jurisconsultos más enredadores, y jueces más perversos".

8 Citado por Basadre, *Historia del Derecho Peruano* (1937), p. 233. Véase también la glosa de Gregorio López, a la partida 3, tít. 4, Ley 6, Nº 2: "Unde utendum est LL. Imperatorum tamquam ratione naturali, si fundatur in ea, non tamquam legibus secundus cundem", etc.

9 *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes,* Vol. 1 (1765), pp. 92-93.

10 Así, en 1741, el Consejo de Madrid expidió el siguiente *auto acordado:* "Los Catedráticos y Profesores en ambos Derechos lean con el Derecho Romano el Derecho Patrio, así las leyes confirmadas, o derogativas, o modificativas a las materias que explican; y se haga saber a los profesores y explicantes de extraordinario, juntándose el Claustro y remitiendo testimonio de ello. *Teatro de la legislación universal de España e Indias,* vol. 19 (1797), p. 123.

11 *Op. cit.* p. 234.

12 Como ha sido observado, "así cuando se cree huir del Derecho Romano, se va a caer de bruces en la redacción jurídica que en nuestra Edad Media ha sufrido más intensamente su influencia: las Partidas". Román Riaza, "El Derecho Romano y el Derecho Nacional en Castilla durante el siglo XVIII", *Revista de Ciencias jurídicas y sociales* (1929), vol. 12, pp. 104, 123.

13 *Comentarios al Código Civil Venezolano.* Vol. I (Caracas, 1897), pp. 5 y 6. El autor agradece al Director de la Comisión Editora, Dr. Rafael Caldera, el haberme señalado la importancia de este pasaje.

14 Cf. Basadre, *op. cit. supra,* p. 232.

15 *Digesto Teórico-práctico o Recopilación de los Derechos Común, Real y Canónico por los libros y títulos del Digesto,* Vol. I (1775), p. VIII. Véanse asimismo las observaciones de José Joaquín de Mora, citadas en la "Introducción" a *O. C. XII,* p. VII: "Las leyes civiles que nos rigen, forman una masa indigesta, incoherente, formada a retazos en diferentes siglos, deteriorada por los intérpretes y glosadores, corrompida por prácticas viciosas, adulterada por el espíritu de rutina, llena de disposiciones que repugnan a los principios de nuestra presente organización. No es fácil adquirir y reunir los diversos volúmenes que las contienen, ni discernir en ellos lo que está en

actual vigor o lo que puede estarlo en medio de la trasformación que nuestra existencia social ha sufrido. Claro es que, aun sin considerar otra ventaja que la economía, sería altamente provechoso reunir en un solo cuerpo las reglas que deben seguir los tribunales en todas las decisiones que han de pronunciar sobre nuestros más preciosos derechos".

16 Así, Castro afirma, *op. cit. supra,* en la pág. 100: "No obstante, para que este general destierro del Derecho Cesáreo fuese útil a la República, debiera preceder la formación de un cuerpo metódico de Derecho Español en la forma que hemos propuesto en la Prefación de esta Obra. Sin esta tan previa, y precisa disposición, privarnos del estudio del Derecho Romano, poco menos sería, que privarnos de unas, aunque confusas, luces, con que en algún modo podemos conducirnos, y quedarnos cuasi en tinieblas; o abandonar un tal cual, aunque trabajoso, socorro, y quedarnos poco menos, que en una extrema indigencia".

17 *Op. cit. supra.*

18 *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado,* Vol. I (1898), p. 14. Véanse también para la historia del movimiento de codificación en Chile, José Bernardo Lira, *Codificación de nuestras leyes: Trabajos del Código Civil;* en Enrique C. Latorre, *Memorias y discursos universitarios sobre el Código Civil chileno* (1888), tomo 9, pp. 17-22; Alfredo Barros, *Curso de derecho civil* (ed. 4, 1930), p. 34; Miguel Luis Amunátegui, "Introducción" a O. C. *XIII,* pp. VI-XXIV.

19 *Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile* (1944), pp. 43-44.

20 Este plan de estudios puede verse en O. C. *XV,* pp. 93 y ss. La previsión para la enseñanza legal era como sigue (p. 96):

"Art. 22. — El estudio de las ciencias legales será la materia de los cuatro cursos principales siguientes, que serán sucesivos y anuales, excepto el último que durará dos años:

1º Derecho de gentes, comprendiendo el derecho marítimo y el diplomático;
2º Principios de legislación universal;
3º Historia y elementos del Derecho Romano;
4º Instituciones del derecho nacional.

Art. 24. — Acompañarán a estas clases principales las subalternas siguientes, que serán todas anuales, con excepción de la primera que durará dos años:

1ª Bellas letras;
2ª Economía política;
3ª Historia y elementos del derecho público; eclesiástico e instituciones canónicas;
4ª Historia eclesiástica y suma de concilios.

Art. 25. — Habrá una academia separada de práctica forense y ejercicios de elocuencia judicial".

21 "Don Andrés Bello incluía, como se ha visto, el Derecho Romano entre los ramos de que se componía su curso privado; y puede agregarse que le daba suma importancia.

"A fin de que sus alumnos pudieran aprenderlo con más facilidad, les dictó las Instituciones de Derecho Romano, o sea Principios del Derecho según el orden de las Instituciones de Justiniano, que publicó Heineccio en 1727.

"No puedo asegurar si Bello tradujo libremente esta obra del latín; o si utilizó una traducción española, introduciendo en ella ciertas correcciones.

"Lo cierto es que nunca quiso ponerle su nombre.

"Habiéndose impreso, en 1843, una edición de ella, Bello, algún tiempo después, se decidió a hacer bajo su dirección otra nueva, que enriqueció con un proemio original, y tan copiosas enmiendas y adiciones; pero aunque alcanzaron a tirarse algunas páginas, el trabajo quedó al fin inconcluso.

"Posteriormente, se hicieron otras ediciones, siendo la última una de 1871.

"Hasta el presente, esta obra es la que sirve de texto en nuestra universidad". Amunátegui, *Vida Bello,* p. 346.

Para una exhaustiva discusión de otros trabajos de Bello sobre Derecho Romano véase *infra,* pp. lvii-lxiv, *Advertencia Editorial.*

22 HÉCTOR PARRA MÁRQUEZ, *Historia del Colegio de Abogados de Caracas*, Vol. 1 (1952), p. 75.

Gracias a la cortesía del Dr. Rafael Caldera he fijado mi atención en la historia de la *Cátedra de Instituta* de la Universidad de Caracas contenida en el trabajo de J. D. Méndez y Mendoza, *Historia de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 1911, Vol. I. De acuerdo con la información dada por el Dr. Caldera en carta al autor, de fecha 29 de julio de 1955:

"La Cátedra de Instituta fue dotada en 1716 por el Obispo Fr. Francisco del Rincón y aumentada por el Obispo Escalona y Calatayud en 1721 (p. 57). La Cátedra de Instituta estaba dotada en 1799 con 131 pesos y 1/8 (la de Cánones lo estaba en 150 $) (p. 84). La Cátedra de Derecho Real se creó por Real Cédula de 5 de setiembre de 1786 'para que precisamente se sirva por seculares que expliquen y enseñen metódicamente la legislación municipal de Indias y la de estos dominios' (p. 112). Según las Constituciones de la Universidad, de 1799, a esta Cátedra (de Derecho Real), 'deberán entrar los estudiantes después que hayan completado los Cursos de Sagrados Cánones y Derecho Civil y obtenido el grado de Bachiller en cualquiera de estas Facultades... a instruirse en la Legislación del Reino metódicamente por espacio de cuatro años, sin los que, y los cursos acostumbrados, en estos estudios o conforme a estatutos, no podrán aspirar a la abogacía ni incorporarse en el Ilustre Colegio de ésta' (p. 113). La misma obra trae la nómina de los Profesores de Instituta, desde el Dr. Ángel de la Barreda, hasta el Dr. José Reyes Piñal (1814), pasando por el prócer Dr. Juan Germán Roscio, quien la entró a ejercer en febrero 9 de 1798 (p 390)".

23 Véanse los siguientes trabajos de Bello: "Observaciones sobre el plan de estudios que ha formado la comisión nombrada por el Supremo Gobierno en 1832", (1832), en O. C. *VIII*, pp. 190, 198-9; "Latín y Derecho Romano", (1834) *ibid.*, pp. 207, 210 y ss. también en O. C. *XV*, *id.*, pp. 129, 132 y ss.; "Discurso pronunciado en la instalación de la Universidad de Chile", (1843), *op cit.*, pp. 303, 311-2; "Discurso pronunciado por el Rector de la Universidad de Chile", (1848), *ibid.*, pp. 353, 387-9; "Memoria que el Rector de la Universidad debió presentar ante esta corporación en 1859" (1859) *ibid.*, pp. 443, 464-5.

24 O. C. *VIII*, p. 210.

25 "Observaciones", etc. en O. C. *VIII*, p. 198.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*, p. 387.

28 *Ibid.*, p. 388.

29 RAFAEL CALDERA, *Andrés Bello* (3ª ed., 1950), p. 16.

30 *Storia del Diritto Romano* (3ª ed., 1942), p. 12.

31 AGUSTÍN DÍAZ BIOLET, *El Derecho Romano en la obra de Vélez Sarsfield*, Vol. I. (1949), p. 61 y ss.

32 Cf. la lista de Ediciones del Derecho Romano, pp. lviii-lix.

33 Aparece en el "Apéndice sacado de las Antigüedades Romanas de Heineccio", incluido en la edición española de las *Recitaciones*, vol. 2 (3ª ed., París, 1875) pp. 125-153, en el cual se seguían los títulos de las *Instituciones* de Justiniano, salvo para dicho Apéndice.

34 *Ibid.*, p. 78.

35 *Supra*, p. xxxix.

36 P. 67.

37 O. C. *IX*.

38 *Op. cit.*, pp. 353, 388.

39 *Op. cit.*, p. x.

ADVERTENCIA EDITORIAL

UN NUEVO VOLUMEN DE BELLO

El presente volumen de las Obras Completas de Andrés Bello rescata del olvido un aspecto no carente de interés, de la obra del insigne polígrafo. Aun cuando parte del mismo llegó a publicarse durante su vida, el Derecho Romano no había sido incorporado a los textos habitualmente publicados bajo el nombre de Andrés Bello.

En la edición chilena no tuvo cabida por razones complejas que sospechamos, pero de las cuales no tenemos testimonio preciso y exacto. Las principales parecen haber sido la reacción que en los años en que se hizo aquella edición se había desarrollado contra la enseñanza del Derecho Romano y, por otra parte, el reconocimiento de que este volumen no tiene toda la originalidad que presentan otros trabajos de don Andrés. De uno y otro argumento hay huella en los párrafos de su clásica biografía, que don Miguel Luis Amunátegui dedica a la preferencia que Bello demostró por la enseñanza de esta disciplina jurídica [1].

En los tiempos actuales, la perspectiva ha cambiado. El interés de Bello por el Derecho Romano ha recibido en la ciencia jurídica sobrada justificación; y en cuanto a los textos en sí, aun cuando no permitan publicar una obra completa ni suficientemente original, ellos constituyen manifestación valiosa de su pensamiento jurídico y de sus orientaciones pedagógicas, además de que revelan su atención a las nuevas corrientes del pensamiento europeo y su disposición a modificar los viejos sistemas cuando las nuevas corrientes ofrecieran cambios provechosos.

TEXTOS DE ESTE TOMO

Este tomo está formado con las ediciones impresas en Chile y con la trascripción de manuscritos de puño y letra de Bello, en su casi totalidad inéditos, pues aunque los Amunátegui los conocieron, no juzgaron necesaria su inclusión en las obras cuya edición les fue encomendada.

No cabe la menor duda de que la obra impresa debe atribuirse a nuestro autor, tanto por el testimonio de su propia enseñanza, como

1 MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI, *Vida Bello*, pp. 346-348.

por su estilo inconfundible y, a mayor abundamiento, por el testimonio de sus discípulos directos y por el consenso general de los historiadores y bibliógrafos de la cultura chilena.

Esto dicho, debe observarse que la publicación de diversos libros referentes a la misma materia y la existencia de manuscritos correspondientes a planes diversos, han creado ciertas confusiones que es necesario aclarar en la presente Advertencia Editorial.

A. Impresos

La primera parte del volumen incluye el pequeño libro impreso en 1843, con el título de *Instituciones de Derecho Romano,* publicado en dos partes, aunque formando una unidad, y siguiendo la obra clásica de Heineccio, *Principios del Derecho Romano según el orden de las Instituciones de Justiniano,* publicada por su autor en 1727.

La edición de 1843 no tiene ni portada ni nombre de autor y va acompañada del Programa de Derecho Romano, elaborado por Bello, al cual ceñía las explicaciones de la materia. En esta primera publicación, de carácter didáctico, el Derecho Romano se divide en cuatro libros, en los cuales no se desarrollan todos los títulos aunque estén enunciados, lo que permite suponer que la empresa de adaptación de la obra de Heineccio quedó inconclusa. La redacción es siempre muy sintética.

Este primer impreso de 1843 tuvo una nueva edición en 1849 junto con el Programa, publicada también sin portada ni nombre de autor. En esta segunda edición, para completar algunos de los títulos que no se habían desarrollado en la edición de 1843, se interpolaron en copia literal algunas porciones de la versión española de Heineccio, realizada por J. A. S., obra que fue editada repetidas veces en Europa [1]. La comparación del texto publicado en Santiago de Chile en 1843 con el original de Heineccio y con la traducción de J. A. S., demuestra que la primera versión de Bello fue completamente independiente de la edición española.

La edición de 1843 de las *Instituciones de Derecho Romano* corresponde a las siguientes características bibliográficas: el tomo I tiene 128 páginas y comprende el Proemio más el libro primero y el libro segundo. Fue impreso en Santiago, Imprenta del Estado. El tomo II tiene 95 páginas y comprende los libros tercero y cuarto, impresos en Santiago, Imprenta del Crepúsculo. El *fin* del libro cuarto lleva fecha de Santiago, diciembre 14 de 1843. El *Programa del Derecho Romano* está impreso en 27 páginas también publicado en la Imprenta del Crepúsculo y lleva la fecha de 13 de noviembre de 1843.

1 Hemos consultado varias impresiones de la obra de Heineccio traducida por J. A. S.: la primera edición impresa en Madrid, 1829, por Eusebio Aguado; la segunda edición de París, 1836, por Vicente Salvá e hijos; y la tercera edición de París, 1851, por Garnier Hnos. Sucesores de Salvá. Parece haber otra tercera edición de Granada, por Sanz, en 1839, que no hemos visto.

La edición de 1849 carece de portada y de nombre de autor. Según Ramón Briseño fue impresa en Santiago, Imprenta Sociedad, aunque no conste en ninguno de los ejemplares que hemos examinado. Tiene el Proemio de la edición de 1843, al que siguen los cuatro libros en numeración corrida en 228 páginas. Termina con el *Programa de Derecho Romano,* en numeración distinta de 47 páginas. Esta edición aparece con las adiciones trascritas de la traducción de J. A. S. Ello explica la duda insinuada por don Miguel Luis Amunátegui Aldunate cuando afirma: "No puedo asegurar si Bello tradujo libremente esta obra del latín; o si utilizó una traducción española, introduciendo en ella ciertas correcciones" [1].

De estas *Instituciones de Derecho Romano* hubo luego en Santiago tres ediciones más:

Una en 1871 que aparece indicada como "Segunda Edición", aunque en realidad es la tercera. Fue impresa en Santiago de Chile, Librería Central de Augusto Raimond, Calle de los Huérfanos y Bandera. Tiene 256 páginas y comprende: Proemio, páginas 1-5; Libro I, páginas 7-41; Libro II, páginas 43-120; Libro III, páginas 121-170; Libro IV, páginas 171-215; el *Programa del Derecho Romano,* páginas 217-252; y el índice, páginas 253-256.

Otra en 1878 que se denomina "Tercera Edición", publicada en Santiago de Chile, Librería Central de Servat & Ca., Esquinas de Huérfanos y Ahumada. Tiene 268 páginas y comprende: Proemio, páginas 5-9; Libro I, páginas 11-45; Libro II, páginas 47-125; Libro III, páginas 127-177; Libro IV, páginas 179-224. A continuación sigue el *Programa de Derecho Romano,* páginas 225-263; y al final el Índice, páginas 265-268.

Y la última en 1890 que se denomina "Cuarta Edición". Se publicó en Santiago de Chile, Librería Central de M. Servat, Esquinas de Huérfanos y Ahumada. Tiene 245 páginas y comprende: Proemio, páginas 5-9; Libro I, páginas 10-42; Libro II, páginas 43-117; Libro III, páginas 118-165; Libro IV, páginas 166-208. A continuación figura el *Programa de Derecho Romano,* páginas 209-242; y al final el Índice, páginas 243-245.

No conocemos otras ediciones de este libro de Bello.

* * *

Las Instituciones de Derecho Romano tuvieron una particular secuencia con otra obra que ha sido causa de confusión para los bibliógrafos que han analizado la obra de Bello. Nos referimos a las *Explicaciones de Derecho Romano arregladas al estudio del ramo en la Sección Universitaria.* Se publicaron por primera vez en 1869 en Santiago de Chile, Librería Central de Augusto Raimond, Calle de los Huérfanos,

1 AMUNÁTEGUI, *Vida Bello,* pág. 346.

Núm. 29 B. Es edición en cuatro tomos, correspondientes a los cuatro libros del Derecho Romano. El Tomo I tiene 103 páginas, y comprende: una Introducción intitulada "Dos Palabras", firmada por "Los Alumnos del primer año de Derecho", y fechada en Santiago, agosto de 1869 [1]. Sigue el Proemio, páginas 5-16; El Libro I, páginas 17-103. El Tomo II contiene el Libro II, páginas 1-198. El Tomo III contiene el Libro III, páginas 1-119. El Tomo IV, contiene el Libro IV, páginas 1-113.

Las Explicaciones tuvieron otra edición en 1877. Con el mismo título lleva la indicación de ser "Segunda Edición notablemente corregida". Se publicó en Santiago de Chile, Librería Central de Servat & Ca., Calle de los Huérfanos Nº 29 B. Tiene xv, 447 páginas y comprende: "Dos Palabras", páginas iii-iv; Proemio páginas v-xv; Libro I, páginas 1-78; Libro II, páginas 79-247; Libro III, páginas 249-348; Libro IV, páginas 349-447. Sin Índice.

1 Reproducimos por su interés el texto de las "Dos Palabras": "Desde algunos años atrás se hacía notar entre nosotros la falta de un libro de esta naturaleza. Existiendo sólo cuadernos incorrectos y deficientes en su mayor parte, los alumnos de los cursos anteriores, tenían que tomarse un penoso trabajo para llenar cumplidamente sus deberes; empleaban la mayor parte de su tiempo en copiar gruesos volúmenes de manuscritos que ellos mismos habían formado recogiendo las explicaciones del profesor; pero esos manuscritos no podían menos que ser imperfectos y sin método. Resultaba de aquí, que después de prolongadas tareas, obtenían muchas veces un fruto efímero, y las más tenían que rehacer sus apuntes.

"Al incorporarnos en clase, conocimos las insuperables dificultades que se presentaban a un curso tan numeroso como el nuestro para proporcionarse esos apuntes, y resolvimos hacer imprimir los mejores cuadernos que circulaban en manos de los alumnos.

"La empresa era difícil y sólo el esfuerzo combinado de todos los compañeros era capaz de llevarla a cabo. Sin conocimientos anteriores de derecho y sin tener una persona que se hiciese cargo de la publicación, la obra no podrá menos que ser algo imperfecta.

"Guiados solamente por el bien de la instrucción; sin pretensiones de ninguna especie, presentamos hoy a los estudiantes de derecho el fruto de nuestras tareas y desvelos. Y si la obra no es del todo acabada, es al menos más correcta que los manuscritos que han circulado en manos de los alumnos de los cursos pasados. Con errores, como se ve por su extensa fe de erratas, ella contribuirá sin embargo a facilitar el estudio de uno de los ramos más importantes del curso de las ciencias legales.

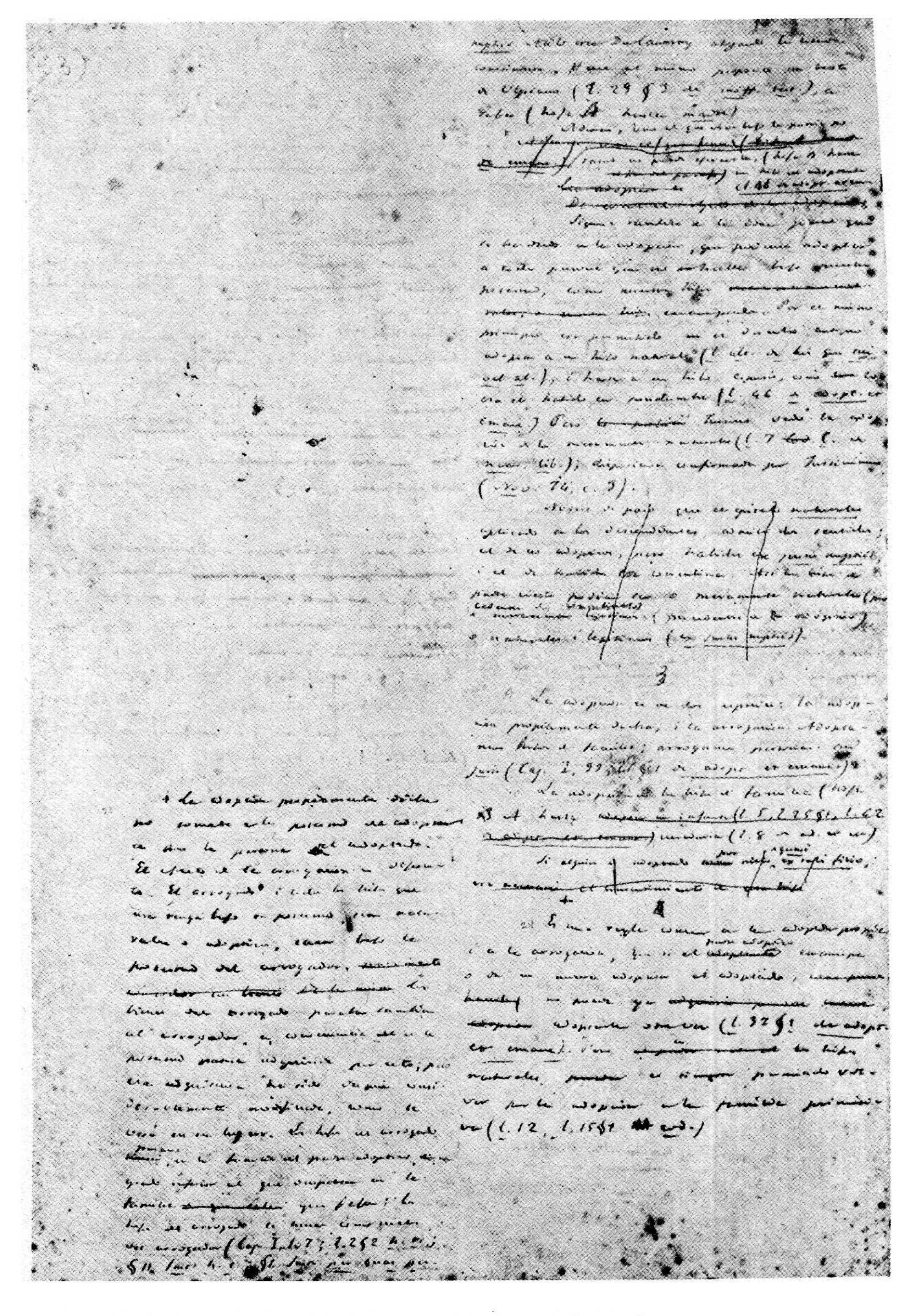
"Por lo demás, al dar a luz nuestros apuntes, lo hacemos con la satisfacción de haber llenado en parte el gran vacío que existía en la enseñanza del ramo en la Sección Universitaria.

"Los alumnos del 1er. año de derecho.

"Santiago, agosto de 1869"

Según Aniceto Almeyda "Don José Toribio Medina estudiaba primer año de Leyes en 1869, y según dato que él nos proporcionó personalmente, fue uno de los que tomaron participación más directa y efectiva en la tarea de la publicación del libro, que es en verdad el modesto punto de partida de su enorme labor intelectual. En agosto de 1869, Medina contaba 16 años y 10 meses de edad". (En: *Libros de Derecho en el Anuario de la prensa chilena.* 1877-1885. Santiago, 1954, p. 18).

Manuscrito autógrafo de Bello correspondiente a la primera
Romano, según el orden de las



hoja del Título XI "De las adopciones" del texto de *Principios del Derecho* Instituciones de Justiniano, que quedó inédito.

Y una última publicación en 1885. Lleva la indicación de "Tercera Edición notablemente aumentada y corregida", publicada en Santiago, Librería Central de Mariano Servat, Esquinas de Huérfanos y Ahumada. Tiene XVI, 448 páginas. Y comprende "Dos Palabras", páginas III-IV; Proemio, páginas V-XVI; Libro I, páginas 1-70; Libro II, páginas 71-257; Libro III, páginas 259-381; y Libro IV, páginas 383-488. Sin Índice.

* * *

Las *Instituciones de Derecho Romano* y las *Explicaciones de Derecho Romano* son obras distintas, aunque estén relacionadas muy íntimamente, ya que las *Explicaciones* a menudo reproducen literalmente párrafos enteros de las *Instituciones*. La aparición de las Explicaciones en 1869, cuatro años después de la muerte de Bello, y las afirmaciones fechadas en agosto de dicho año, que constan en las "Dos Palabras", trascritas en la nota anterior, indican claramente, a nuestro entender, que las ampliaciones e interpolaciones a que fue sometido el primitivo texto de 1843 provienen seguramente de las notas recogidas por los estudiantes, con toda probabilidad de labios de los profesores que continuaron la labor de enseñanza del Derecho Romano iniciada por Bello. Sería pues una temeridad adjudicar este texto a Bello, por más claros que sean los puntos de enlace con la edición de 1843.

Una vez deslindadas ambas obras —las *Instituciones* y las *Explicaciones*—, y aclaradas las adiciones hechas en la edición de 1849 sobre la de 1843, creemos que se disipan todas las dudas y las confusiones que hemos visto en los estudios y repertorios bibliográficos chilenos [1].

De acuerdo con el razonamiento precedente damos en esta edición el texto completo de las Instituciones de *Derecho Romano* de 1843, en tipo normal, y en tipo menor los párrafos pertenecientes a la obra de J. A. S., interpolados para la edición de 1849.

Desechamos las *Explicaciones de Derecho Romano,* que no deben adjudicarse a Bello.

B. Manuscritos

Andrés Bello tuvo la preocupación de que la edición de 1843 era insuficiente. En el discurso pronunciado el 29 de octubre de 1848 en la Universidad de Chile considera dicho libro como "demasiado mezquino y pobre" y a continuación reclama "la formación de un nuevo texto,

1 *Anuario de la Prensa Chilena 1877-1885, tomo I, libros, folletos y hojas sueltas,* Santiago, Imprenta Universitaria, 1952, pp. 288-290; *Libros de Derecho en el Anuario de la Prensa Chilena 1877-1885,* por Aniceto Almeyda, Santiago de Chile 1954 pp. 14-19. El Profesor Almeyda rectificó posteriormente el criterio sustentado en su trabajo, y ratificó con su valiosa opinión el dictamen que nosotros damos en esta Advertencia Editorial.

en que se dé a la materia la amplitud que reclama, aprovechándonos para ello de lo mucho y excelente que se ha publicado en Alemania y la Francia en estos últimos años". Y afirma que esta empresa "es una obra a que la Facultad de Leyes se ha creído llamada, y en que ya se trabaja".

Probablemente con estas palabras Bello explica la nueva redacción que había emprendido para modificar el breve manual escolar de 1843 y de la cual se han conservado las hojas manuscritas que publicamos como segunda parte del presente volumen.

A este trabajo se refiere seguramente Miguel Luis Amunátegui Aldunate al expresar que "el diminuto compendio se trasformó así en una obra magistral que he visto parte manuscrita y parte impresa en el establecimiento tipográfico dirigido por su hijo Andrés Ricardo Bello y don Felipe Santiago Matta" [1].

Del examen de los papeles que han sobrevivido al intento de redacción del Derecho Romano posterior a 1843, deducimos que Bello tuvo sucesivamente dos proyectos distintos, y del segundo se han conservado testimonios que corresponden a dos etapas diferentes. Veámoslo.

El primero, al que pertenecen las hojas impresas en página (algo menos de un pliego), algunas como pruebas de imprenta y otras como si hubiese sido ya tirado el pliego a que correspondían, iba a llamarse *Notas al Texto de los Elementos del Derecho Romano según el orden de las Instituciones de J. T. Heineccio.* Esta obra habría sido simplemente una edición bilingüe del texto de Heineccio, con la redacción en latín puesta en las páginas pares del libro y la correspondiente traducción castellana puesta en las páginas impares. Cada título habría ido seguido de un "Comentario" referido al texto de Heineccio mediante notas de llamada. La obra conservaba la ordenación en párrafos numerados, conforme a las ediciones habituales de Heineccio.

Este proyecto parece haber sido sustituido por otro del cual sólo se ha conservado un grupo de folios manuscritos en los que se desarrolla únicamente el Libro I (Derecho Objetivo en cuanto a que mira a las personas). La obra quedó inconclusa.

No hay duda que la trasformación del pensamiento de Bello se debió al conocimiento de los últimos estudios de los romanistas alemanes y franceses, a quienes alude en el discurso de 1848, ya citado. Las menciones a Savigny, Marezoll y Du Caurroy, en el manuscrito, explican el cambio acaecido en los propósitos de Bello.

Utilizando a veces las páginas impresas del Proyecto precedente, elaboró un nuevo Proemio, cambió incluso el título de la obra que estaba escribiendo y prosiguió la redacción del *Derecho Romano* en los folios que se han conservado manuscritos de Bello.

Es más; el examen de las páginas manuscritas de Bello demuestra que su pensamiento sufrió todavía una notable modificación, mientras elaboraba este segundo proyecto.

1 O. C. *IX, Introducción,* p. x.

El Libro I tiene XXVI títulos, según el plan de Heineccio. Pues bien, hasta el título XVI ha sido desarrollado por Bello de dos modos distintos: Uno, siguiendo la numeración de párrafos, al estilo de Heineccio pero sin explicarlos todos, saltando algunos, escogiendo seguramente los que requerían a su juicio glosa del texto; y un segundo modo en que cada título se desarrolla como unidad, sin indicación de los párrafos numerados de Heineccio, de cuyo texto se aparta muy considerablemente. Es mucho más personal y más completo. Esta segunda forma es posterior, puesto que utiliza y refunde en ella el texto numerado en párrafos [1]. Los títulos XIV, XV y XVI se han conservado en las dos redacciones sin refundir, o sea que Bello no prosiguió la labor de elaboración que sólo dejó terminada para los primeros títulos. A partir del título XVII no hay más que el manuscrito que mantiene la enumeración de párrafos.

Todo ello indica claramente la evolución del propósito de Bello al escribir esta obra.

El título fue también rectificado a medida que iba concretando o modificando la idea del libro que quiso preparar. La primera denominación, *Notas al texto de los Elementos de Derecho Romano según el orden de las Instituciones de J. T. Heineccio,* que aparece en las hojas impresas, fue tachada y sustituida por un nuevo título: *Explicación de las Instituciones de Justiniano*, denominación que también rechazó para reemplazarla por otro título que es de creer habría sido el definitivo si hubiese concluido su trabajo: *Principios del Derecho Romano según el orden de las Instituciones de Justiniano.*

Este último es el que nosotros adoptamos al editar esta obra, en la convicción de que interpretamos su pensamiento, deducible de los sucesivos cambios de títulos, hechos en la primera página de las hojas impresas.

* * *

La tarea quedó inconclusa. Además, el manuscrito existente es incompleto, pues faltan algunos folios y de algunas hojas sólo se ha conservado la mitad. Tememos muy fundadamente que será imposible llegar jamás a completar este *Derecho Romano* de Bello. Damos el texto hasta donde hemos podido reconstruirlo, después de una laboriosa tarea de empate de los folios conservados.

La parte que ahora publicamos como *Proemio* fue primeramente *Introducción* y *Proemio,* al estilo de las ediciones de Heineccio, en el primer proyecto de las hojas impresas que denominaba Bello *Notas al texto de los Elementos del Derecho Romano.*

[1] Prueba la independencia de esta última redacción de Bello respecto a Heineccio, el que en el texto que sigue la ordenación en párrafos numerados hay referencias al Derecho Romano de Heineccio en forma de Epígrafes o Motivaciones (frases, palabras, y conceptos) citados por el mismo número de los párrafos de Heineccio. En cambio en la segunda elaboración desaparecen tales referencias.

Después refundió ambas porciones bajo el título único de *Proemio* y le dio la ordenación de capítulos numerados. Este *Proemio* fue escrito en folios especiales aunque utilizó los textos impresos de la *Introducción* y del *Proemio* anteriores. A esta redacción introdujo numerosísimas rectificaciones y enmiendas que trasformaron completamente el primer escrito. Interpoló también como texto del último *Proemio* parte de lo que habría sido "Comentario" al título II del Libro I de la edición bilingüe.

Desafortunadamente, el *Proemio* definitivo carece de los tres primeros artículos en la numeración puesta por Bello, y del artículo cuarto sólo se conserva la parte final.

Hemos procurado seguir fielmente las indicaciones que Bello da en su manuscrito, en forma de llamadas bastante precisas. La pérdida de algunas hojas y la diversidad de papeles utilizados, ha hecho bastante difícil el dar completa continuidad al texto, pero con excepción de los folios perdidos creemos haber recogido todas las recomendaciones del autor.

En la última redacción del *Proemio* se advierte la profunda influencia de Savigny. Es de interés la observación porque sin duda alguna fue escrito posteriormente al texto compuesto en párrafos numerados. Comprueba este aserto, el hecho de que el sistema de citas que anuncia Bello en el *Proemio,* no lo había adoptado todavía cuando escribió el texto dispuesto en párrafos numerados.

Los títulos del Libro I se trascriben fielmente de acuerdo con la última redacción de Bello. En algunos casos añadimos en nota las variantes de redacción, aunque estén tachados en el manuscrito, pues las juzgamos de interés para conocer su pensamiento de romanista.

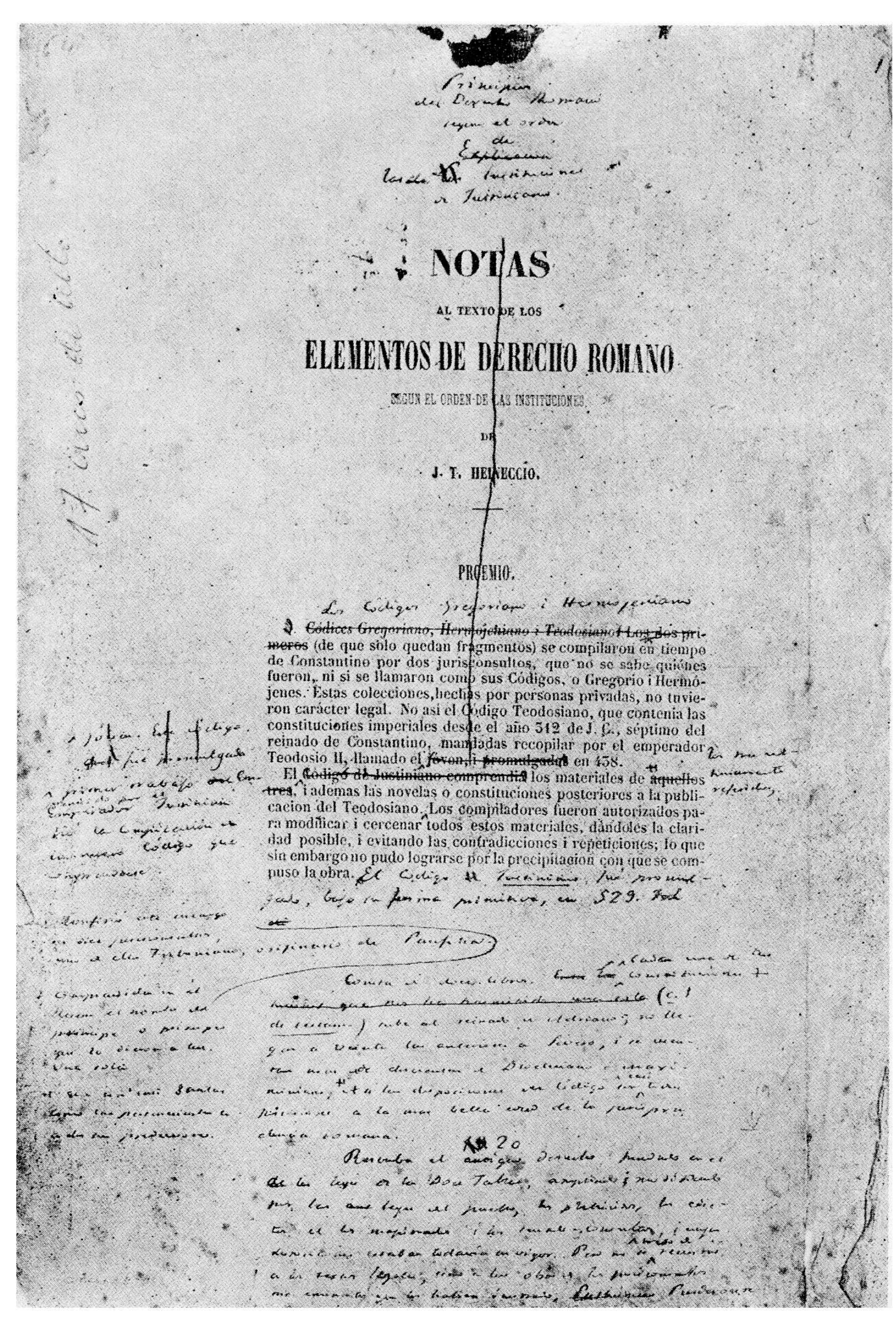
Reproducimos íntegramente los títulos que tienen dos redacciones (XIV, XV y XVI), como hemos referido anteriormente. El título II, que se ha conservado sólo en hojas impresas, ofrece carácter especial. De éste trascribimos únicamente la traducción castellana del texto de Heineccio, y, a continuación, el texto del "Comentario" [1], incluso el de las partes que Bello utilizó después para el *Proemio.*

* * *

CONCLUSIÓN

Tales son los originales que forman el presente volumen. El Estudio Preliminar del Profesor Hessel E. Yntema, vertido al castellano por José Puig Brutau, sirve de introducción histórica de los estudios de Derecho Romano y coloca esta obra de Bello en su momento y significación precisas.

[1] Este "Comentario" se ha conservado impreso y en hojas manuscritas. Estas últimas, por la caligrafía y por la ortografía radical usada por Bello, suponemos que han de haber sido escritas entre los años de 1843 y 1845.



NOTAS

AL TEXTO DE LOS

ELEMENTOS DE DERECHO ROMANO

SEGUN EL ORDEN DE LAS INSTITUCIONES

DE

J. T. HEINECCIO.

PROEMIO.

Los Códigos Gregoriano i Hermojeniano

1. ~~Códices Gregoriano, Hermojeniano i Teodosiano. Los dos primeros~~ (de que sólo quedan fragmentos) se compilaron en tiempo de Constantino por dos jurisconsultos, que no se sabe quiénes fueron, ni si se llamaron como sus Códigos, o Gregorio i Hermójenes. Estas colecciones, hechas por personas privadas, no tuvieron carácter legal. No así el Código Teodosiano, que contenia las constituciones imperiales desde el año 312 de J. C., séptimo del reinado de Constantino, mandadas recopilar por el emperador Teodosio II, llamado el ~~Jóven, i promulgadas~~ en 438.

El ~~Código de Justiniano comprendía~~ los materiales de ~~aquellos tres~~, i ademas las novelas o constituciones posteriores a la publicacion del Teodosiano. Los compiladores fueron autorizados para modificar i cercenar todos estos materiales, dándoles la claridad posible, i evitando las contradicciones i repeticiones; lo que sin embargo no pudo lograrse por la precipitacion con que se compuso la obra. El Código de Justiniano fue promulgado, bajo su forma primitiva, en 529.

Primera página del "Proemio" al Proyecto de edición de Heineccio por Bello; luego reformado en el último Proyecto que quedó en manuscrito.

Advertencia Editorial

Es realmente lamentable que Bello no hubiese dado la última mano a este proyecto de ***Principios del Derecho Romano según el orden de las Instituciones de Justiniano.*** Con toda seguridad esta obra, preparada sólo para ayudar a sus alumnos, habría rubricado su prestigio de jurista del Continente. Pero a pesar de haber quedado inconclusa, tenemos el íntimo convencimiento de que mantiene la altura de perspectivas e intención con que siempre trabajó Bello.

Nos cabe deducir lo que podría haber sido, por el material que hemos podido estudiar y que hoy rescatamos del olvido para bien de la cultura.

LA COMISIÓN EDITORA.

I

INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO *

* Reproducimos el texto de la edición de Santiago, 1849. En nota señalamos las diferencias respecto a la edición de 1843. Damos en cuerpo menor los párrafos transcritos de la versión de J. A. S. Véanse las explicaciones pertinentes en la Advertencia Editorial al presente volumen (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

INSTITUCIONES
DE
DERECHO ROMANO

PROEMIO

Las leyes romanas formaban en tiempo del emperador Justiniano una masa inmensa y heterogénea acumulada en el espacio de trece siglos durante los cuales Roma, pequeña aldea a las orillas del Tíber, subió por grados a la dominación del mundo y pasó sucesivamente por todas las diversas formas de gobierno: monarquía constitucional en su infancia: aristocracia tiránica en su adolescencia: democracia templada por el influjo de la religión y de la nobleza en la edad de su mayor virtud y gloria: democracia tumultuosa destrozada por las facciones; y en fin, imperio despótico, que en el Occidente fue presa de los bárbaros, y en el Oriente conservó largo tiempo una sombra de poder y opulencia.

Durante la monarquía y la República, el pueblo dictó las leyes. En los primeros cuatro siglos sólo tuvieron fuerza y nombre de tales las que eran constituidas por el pueblo a propuesta del rey, o de un magistrado senatorio, que regularmente era un cónsul. Entre éstas merecen particular noticia las de las doce tablas, cuya redacción se confió a una magistratura extraordinaria compuesta de diez senadores (decemviri), que recopilaron en ella los estatutos patrios, incorporando lo que les pareció más conveniente de la legis-

lación griega. Estas celebradas leyes se miran como la fuente del derecho público y privado de los romanos. Sancionólas el pueblo en los años 302 y 305 de Roma.

Los plebiscitos, estatutos formados por la plebe reunida en tribus a propuesta de un magistrado popular, *tribunus plebis*, empezaron a tener fuerza de leyes entre todas las clases del estado el año 466 de Roma.

Los pretores administraban la justicia. Su magistratura, como la de los cónsules, duraba solamente un año. Antes de entrar en el ejercicio de sus funciones anunciaban al pueblo, por medio de un edicto, las reglas que debían servirles de norma en la administración de justicia.

La ley Cornelia (el año de 687 de Roma) prohibió que los pretores hiciesen alteraciones en estos edictos durante el año de su pretura; y más adelante el emperador Adriano acabó de desterrar del foro la arbitrariedad, disponiendo que se formase de todos ellos un edicto perpetuo, como lo ejecutó bajo sus auspicios Salvio Juliano. La parte de la legislación romana que se derivaba de los edictos de estos magistrados, tuvo el nombre de derecho honorario o pretorio, a diferencia de la que constituida por el pueblo, se llamaba en una acepción más estricta derecho civil.

Hasta el tiempo del emperador Tiberio que comenzó poco después de la era cristiana, conservó el pueblo la facultad de hacer sus propias leyes a propuesta de los magistrados. Tiberio la trasladó al senado, que desde los primeros tiempos de Roma tuvo mucha parte en la administración de los negocios públicos; pero que hasta entonces no había jamás dictado leyes.

Aunque el senado desde que expiró la República, no fue más que el órgano de la voluntad imperial, no tardaron los emperadores en ejercer por sí solos del modo más amplio la potestad legislativa. Sus leyes llamadas constituciones son de varias especies. Denominábanse rescriptos las que se expedían a petición de parte o consulta de un magistrado: pragmática-sanción, las relativas a una clase o gremio: decretos,

las sentencias definitivas e interlocutorias en actos de jurisdicción contenciosa: edictos, cuando el príncipe de motuproprio definía algún punto general de derecho; y privilegios, cuando se irrogaba a determinadas personas alguna pena o premio extraordinario. Los decretos no constituían derecho, sino sólo entre partes, a menos que se declarase en ellos algún punto oscuro, o que se les extendiese a todos los casos de la misma especie: sólo los edictos tenían verdaderamente el carácter de leyes generales y perpetuas.

De estas cinco fuentes, las leyes propiamente dichas, los plebiscitos, los edictos de los magistrados, los senadoconsultos y las constituciones imperiales, emanaba todo el derecho escrito o promulgado de los romanos. Pero tenía también no poca parte en la administración de justicia el derecho no escrito, suplemento formado por el uso del foro y la doctrina de los jurisconsultos.

De estos elementos dispersos y a menudo contradictorios, se propuso Justiniano formar un cuerpo completo y ordenado. Ya antes de su tiempo se habían dado a luz los códigos Gregoriano y Hermogeniano, sobre cuyos autores no se sabe nada de cierto. El primero fue una compilación de constituciones selectas de los Emperadores, desde Adriano hasta Diocleciano y Maximiano. El segundo parece haber sido una mera edición del anterior, corregida y aumentada. Pero como uno y otro comprendiesen solamente las constituciones de los príncipes gentiles, se compiló un nuevo código bajo los auspicios del emperador Teodosio el joven hacia el año 438 de la era cristiana, dando lugar en él a las leyes de Constantino y de sus sucesores en el imperio. Siguió el código de Justiniano compilado por orden de este príncipe, por Triboniano y otros jurisconsultos y salió a luz el año 529 de nuestra era. Redactáronse después las Pandectas o Digesto, resumen de la doctrina de los jurisconsultos publicado en 533. Salieron en el mismo tiempo las instituciones, obra de Triboniano, Doroteo y Teófilo destinada a la enseñanza de la juventud. Pero observándose gran número de

contradicciones entre el código y las Pandectas, ordenó Justiniano que se redactase otro nuevo código, *codex repetitae praelectionis*, que se publicó el año de Cristo 534, dando por abolido el primero.

Justiniano promulgó sucesivamente varias constituciones llamadas Novelas, escritas por la mayor parte en griego, traducidas al latín después de sus días y recopiladas en nueve libros o colaciones, a que se agregaron, bajo el título de décima colación los libros de los feudos, compilación de las leyes y costumbres feudales hecha por Gerardo Niger y Oberto de Orto cónsul de Milán en el siglo XII.

A las Novelas se les dio también el nombre de Auténticas: *Authenticae seu Novellae constitutiones Justiniani,* es el título que tiene esta parte del derecho romano. Pero este nombre se lo apropiaron particularmente los escolios puestos, según se cree, por Irnerio [1] jurisconsulto del siglo XII a las leyes del código, indicando lo añadido o mudado por las Novelas o por la práctica del foro.

Para juzgar de la diferente autoridad de estas obras, se deben tener presente los axiomas que siguen: 1º La ley posterior deroga siempre la anterior; 2º Las personas privadas no hacen leyes; 3º Las leyes establecidas por la suprema potestad de un pueblo no obligan a los otros. De ellos se infiere: 1º Que las Novelas derogan las Instituciones, Pandectas y Códigos; 2º Que el Código deroga las Instituciones y Pandectas; 3º Que estas dos últimas obras gozan de igual autoridad, por habérseles dado fuerza de ley en un mismo día, que fue el 3 de las Calendas de enero del año 533; bien que subsistiendo entre ellas algunas contradicciones por la negligencia de los jurisconsultos que las redactaron, se observan las reglas que siguen: Las Instituciones ceden a las Pandectas como el original de que fueron extractadas, y las Pandectas por el contrario a las Instituciones, cuando se descubre en estas que el legislador ha querido innovar; 4º Que

1 1843 dice: Irineo.

las Auténticas no tienen fuerza de leyes sino en cuanto concuerdan con las Novelas a que se refieren, lo que no siempre sucede; 5º Que no rige en las naciones modernas el Derecho Romano, sino en cuanto ha sido adoptado por ellas; y 6º Que las Novelas del emperador León, insertas varias veces en el cuerpo del derecho, no tienen autoridad alguna, aun en las naciones que reconocen la autoridad de las leyes romanas.

LIBRO PRIMERO

TÍTULO 1º

De la justicia y del derecho

Lib. 1º, tít. 1º Dig. (a)

TÍTULO 2º

Del derecho natural, de gentes y civil

La justicia es la conformidad de nuestras acciones con las leyes.

La palabra derecho tiene varias significaciones: primera, colección de leyes de una misma especie, v. gr. derecho natural, derecho eclesiástico: segunda, ciencia de las leyes: tercera, facultad de exigir un servicio. En este último sentido la jurisprudencia civil sólo llama derechos a los perfectos.

Jurisprudencia es la ciencia que enseña a conocer, interpretar y aplicar las leyes.

El derecho, considerado como una colección de leyes, es o divino, cuyo autor es Dios que nos lo ha dado a conocer por medio de la razón o de la revelación, o humano, que es el establecido por los hombres.

Las leyes o reglas de conducta, que nos da a conocer la razón, forman el derecho natural, que aplicado a las relaciones entre los diversos estados, se llama derecho de gentes. Pero los escritores de Derecho Romano dan muy diferente

(a) T. 1. P. 3. (Nota de Bello).

sentido a estas dos expresiones. Derecho natural, según ellos, es aquel que la naturaleza enseña a todos los animales y derecho de gentes el que dictado por la razón a los hombres es uniforme en todos los pueblos. Así la crianza de los hijos era de derecho natural, y el matrimonio de derecho de gentes.

Los preceptos revelados forman el derecho divino positivo, que es universal o particular. Aquél habla a todos los hombres, y de ordinario no hace más que corroborar y especificar las leyes naturales: éste fue dado principalmente a la nación judaica.

El derecho humano, llamado también civil, comprende las leyes particulares de cada estado, y se divide en escrito y no escrito. El derecho escrito de los romanos constaba de las leyes propiamente dichas, los plebiscitos, los edictos de los magistrados, los senadoconsultos y las constituciones imperiales. La doctrina de los jurisconsultos y la práctica del foro formaban una especie de derecho no escrito antes de la promulgación de las Pandectas. Éstas, la Instituta (que así se llaman comúnmente las Instituciones), el Código y las Novelas forman ahora todo el Derecho Romano escrito.

El derecho no escrito, llamado costumbre, es el que se ha establecido por tácito consentimiento de la suprema autoridad. Pruébase por su antigüedad y por la frecuencia de actos uniformes; y si no repugna a la recta razón o la moral (pues de lo contrario [1] no se presume el consentimiento del soberano) tiene tanta fuerza como las leyes escritas y puede derogarlas.

El derecho civil se divide asimismo en público y privado. El público define las relaciones entre el gobierno y los súbditos: el privado es relativo a los negocios de los particulares. Aquí tratamos solamente del derecho civil privado según las leyes escritas de los romanos, y lo dividimos en tres partes: la primera trata de las personas, la segunda de las cosas y la tercera de las acciones.

[1] 1843 dice: en cuyo caso. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

TÍTULO 3º

Del derecho de las personas

Tít. 5º Lib. 1 Dig.

TÍTULO 4º

De los ingenuos

Tít. 14. Cod. Lib. 7

Los hombres se dividen en libres y siervos. La libertad, según Justiniano, es la facultad natural de hacer lo que queremos, si no nos lo impide la fuerza o la ley; y la servidumbre es una constitución del derecho de gentes, en virtud de la cual está alguno sujeto a dominio ajeno contra la naturaleza. Persona en el derecho civil de los romanos es solamente el hombre libre.

Los siervos nacen siervos o pasan de la libertad a la servidumbre. Esto último sucede o por derecho de gentes o por derecho civil. Por derecho de gentes pasaban de libres a siervos los prisioneros de guerra. Por derecho civil, el mayor de veinte años que se dejaba vender para participar del precio, los condenados a las minas o a las fieras, y el liberto por causa de ingratitud determinada por las leyes.

Los siervos se consideraban como cosas, y como tales podía su dueño disponer libremente de ellos por venta, donación, permuta o testamento, compitiéndole igual dominio sobre todo lo que ellos adquirían, y aun sobre sus personas y sus vidas. Limitóse sin embargo esta última facultad. Por constitución de Antonino Pío el que sin justa causa mataba un siervo estaba expuesto a la deportación o al último suplicio, y el que le trataba cruelmente, podía ser obligado a venderlo.

Los hombres libres son ingenuos o libertinos. Ingenuo es el que desde el momento de nacer es libre. Se mira como tal

todo el que ha nacido de madre, que al tiempo de la concepción, del parto o en cualquier otro tiempo intermedio fue libre, aunque lo haya sido un momento. La manumisión de una servidumbre injusta, o de la servidumbre que era consecuencia de la facultad que tenían los padres de vender a sus hijos, restauraba la ingenuidad. Es también ingenuo en derecho, el que defiriéndole su patrón el juramento, jura serlo, y el que es declarado tal por sentencia de juez competente.

TÍTULO 5º

De los libertinos

Libertino es el que después de una legítima servidumbre obtiene la libertad. El acto en que el amo confiere la libertad al siervo se llama manumisión.

La manumisión podía ser forzada o voluntaria. La primera se verificaba, cuando en premio de algún mérito se mandaba dar la libertad a los siervos, o cuando eran vendidos bajo condición de ser manumitidos, o cuando sus amos los abandonaban por enfermos, o cuando el siervo era comprado con su propio dinero, o finalmente cuando el comprador, contra la condición de la venta, vendía o prostituía a su sierva.

La manumisión voluntaria era solemne o menos solemne. Los modos solemnes eran el censo, el testamento y la vindicta. Por el censo se libertaba el siervo dando su nombre por mandado de su amo al censo o matrícula, que se hacía cada cinco años en Roma, y asistiendo a la ceremonia lustral. A esta manumisión sustituyó Constantino la de *in sacrosanctis ecclesiis,* que no era otra cosa que la recitación del documento de manumisión en algún día festivo y en la iglesia [1].

[1] 1843 falta: y en la iglesia.

La manumisión por testamento era directa o a modo de *fideicomiso*. La primera podía ser expresa o tácita, si el siervo era instituido heredero o dado por tutor a los hijos. En la manumisión *fideicomisaria* se encargaba al heredero o legatario que diese la libertad al siervo.

La manumisión por vindicta era un acto que debía celebrarse ante magistrado competente con cierto rito y fórmula.

Los modos menos solemnes eran: *per epistolam*, esto es, por una carta firmada por cinco testigos: *inter amicos*, declarando el amo libre al esclavo a presencia de igual número de testigos, o dándole el nombre de hijo, o sentándole a su mesa.

Hubo antes de Justiniano tres especies de libertos. Al principio todos adquirían por la manumisión los derechos de ciudadanos romanos. Mas inundada Roma de una multitud de libertos de estragadas costumbres, incapaces de ejercer tan importantes derechos, y sólo a propósito para servir de instrumento a las facciones, se promulgó la ley Elia Sencia bajo el emperador Augusto el año 757 de Roma, la cual entre varias providencias dirigidas a coartar la facultad de[1] manumitir, estableció que todos los que hubiesen sido públicamente castigados con pena corporal, de cualquier modo que impetrasen la libertad, no fuesen de mejor condición que los deditícios, esto es, los habitantes de aquellos pueblos que se habían entregado a los romanos, y formaban la clase última de los súbditos provinciales. Establecióse también por la ley Junia Norbana (el año 771 de Roma, 18 de nuestra Era) que los libertos que habían sido manumitidos por los modos menos solemnes, y aquéllos a quiénes la ley Elia Sencia permitía morar en libertad pero no legítima, cuales eran los siervos menores de treinta años manumitidos por testamento, sólo consiguiesen los derechos de ciudadanos latinos. Hubo pues tres clases de libertos: los unos adquirían con la libertad la ciudadanía romana: los otros se llamaban

1 1843 falta: de (Comisión Editora. Caracas).

Junianos y adquirían la ciudadanía latina, careciendo de sufragio en los comicios y de los derechos de usucapión, de testamento y matrimonio: los dediticios formaban la tercera clase. Justiniano abolió estas diferencias y extendió la ciudadanía romana a todos los libertos sin distinción alguna.

Los emperadores podían conceder por privilegio la calidad de ingenuos, ya dando el derecho de usar el anillo de oro, en cuyo caso el liberto no lo era sino con respecto al patrón, ya sin excepción alguna, que era lo que se llamaba *restitutio natalium*. Justiniano estableció que la manumisión por sí sola diese el derecho del anillo de oro, salvo siempre el patronato.

Los derechos de patronato eran éstos: 1º obsequio y respeto al patrón, que no podía ser citado a juicio por el liberto, sino impetrando la venia del pretor: 2º prestación de obra oficiosa, pero no industrial, a menos que se hubiese prometido bajo juramento: 3º sucesión a los bienes del liberto intestado sin hijos: 4º el patrono era heredero forzoso en ciertos casos que se determinarán más adelante [1].

TÍTULO 6º

A quiénes y por qué causa no es lícito manumitir

Dig. Lib. 40, tít. 9. - Cod. Lib. 7º, tít. 11

Hemos hablado de la ley Elia Sencia que coartó la facultad de manumitir. Estableciose en ella que si alguno manumitía defraudando a sus acreedores, la manumisión fuese nula; pero que sin embargo pudiese el deudor insolvente manumitir a uno de sus esclavos por testamento instituyéndole heredero; lo cual valdría, si no se instituyese otro heredero, o si instituido no lo fuese; bien entendido que si dos o más siervos fuesen escritos herederos, la ley no favorecía

1 1843 falta: que se determinarán más adelante (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

más que al primero de ellos. Para que tuviese lugar la ley, era necesario que hubiese ánimo de defraudar, y que el deudor estuviese insolvente, o por la manumisión pasase a estarlo.

Ordenóse también por esta ley que el amo menor de veinte años no pudiese manumitir, sino por vindicta y justificado el caso ante el consejo (compuesto en Roma de cinco senadores, y cinco caballeros llamados decemviri *litibus judicandis*, y en las provincias de veinte y cinco ciudadanos romanos llamados recuperatores), y se calificaba de justa la manumisión, si el siervo era padre o madre, hijo, hermano natural o de leche, maestro, ayo, nodriza o alumno, o si era manumitido para servir de procurador, en cuyo caso no debía ser menor de diez y siete años, o si se manumitía la sierva para tomarla por [1] esposa, en cuyo caso era necesario que se verificase el matrimonio dentro de seis meses, si no es que ocurriese algún impedimento legítimo. Aprobada la causa por el consejo, la manumisión era irrevocable. Justiniano permitió que pudiesen manumitir por testamento los que tuviesen diez y siete años cumplidos. Pero en la Novela 119 pasó más adelante, permitiendo la manumisión [2] por testamento al mayor de catorce.

Título 7º

De la ley Fusia Caninia

Lib. 7º, Cód. tít. 3º

Las antiguas leyes trataron de coartar particularmente la manumisión testamentaria. Los testadores por la vanagloria póstuma de que marchasen en pos de su féretro una larga hilera de libertos con el píleo, insignia de su nueva

[1] 1843 falta: por. (Comisión Editora. Caracas).

[2] 1843 agrega: inter vivos sin justificación de causa al mayor de diez y siete años, y (Comisión Editora. Caracas).

condición y de la liberalidad de sus amos, dejaban a veces libres servidumbres enteras. Para reprimir este desorden se estableció por deseo de Augusto la ley Fusia Caninia, que disponía que desde [1] dos hasta cinco siervos se pudiese manumitir la mitad [2]; desde once hasta treinta la tercera parte; desde treinta y uno hasta ciento la cuarta parte, y desde ciento uno hasta quinientos la quinta parte; no pudiendo pasarse en ningún caso de ciento [3], aunque la familia constase de 20.000 y más siervos, como las hubo en Roma. Si se manumitía más del número legal, sólo era válida la manumisión de los primeros nombrados; y si se escribían los nombres en círculo, o se designaba el número sin los nombres, no quedaba ninguno libre. Justiniano abolió también esta ley.

Título 8º

De los hombres que son de su propio derecho y de derecho ajeno

Lib. 1. tít. 6 Dig.

Se dividen los hombres en hombres de su propio derecho, *sui* [4] *juris*, esto es, que no estaban bajo dominio o potestad ajena, los cuales se llamaban padres o madres de familia, y hombres de derecho ajeno, *alieni juris*, que estaban bajo el dominio de un amo, como los siervos, o bajo la potestad de un padre como los hijos de familia.

Justiniano en este título se contrae a los siervos, y explica la naturaleza de la potestad domínica y las leyes para reprimir sus abusos, sobre todo lo cual nos remitimos al título 3º. Aquí notaremos solamente que los siervos eran

1 1843 dice: de (Comisión Editora. Caracas).
2 1843 dice: dos (Comisión Editora. Caracas).
3 1843 dice: de 6 y 7,3; de 8 y 9,4; de 10 hasta 17,5; de 18 hasta veinte 6; y así proporcionalmente hasta 100, de cuyo número no podía pasarse. (Comisión Editora. Caracas).
4 1843 dice: *sus*. (Comisión Editora. Caracas).

una de las especies de cosa que los romanos llamaban mancipiales, *res mancipii,* y aun por eso se les llamó particularmente *mancipia.* La venta de todas ellas se verificaba antiguamente por medio de un rito solemne llamado mancipación, haciendo uso de la moneda de cobre y la libra, *per aes et libram.* La mancipación formaba por consiguiente uno de aquellos modos legítimos de enajenación, que competía en virtud del dominio quiritario, esto es, reconocido por la ley de los romanos y quirites, el cual gozaba de varias importantes ventajas sobre el dominio bonitario o meramente natural. Pero esta diferencia de dominio fue también abolida por Justiniano.

TÍTULO 9º

De la patria potestad

Tít. 47. lib. 8. Cód.

La patria potestad del derecho romano se diferencia bastante de la que el derecho natural parece conceder a los padres. Estas diferencias pueden reducirse a las siguientes: 1ª Las personas que la ejercen; porque por derecho romano la patria potestad no corresponde nunca a la madre, ni aun en defecto del padre; 2ª Las personas sobre quienes se ejerce; porque, según el mismo derecho, sólo están sujetos a ella los hijos nacidos de legítimo matrimonio; 3ª Los derechos que confiere, que son semejantes a los del amo sobre el siervo; y 4ª El tiempo que dura; porque ordinariamente no termina [1] sino con la emancipación voluntaria o la muerte.

De la primera de estas diferencias se sigue: que la potestad patria sólo tiene lugar sobre los descendientes por línea

[1] 1843 dice: Esta potestad sobre los hijos tiene en el derecho romano atribuciones peculiares, que la distinguen mucho de la que el derecho natural y las legislaciones de otros pueblos conceden a los padres: lo 1º porque la potestad patria de los romanos no compete a la madre: lo 2º porque daba al padre sobre el hijo un dominio semejante al del amo sobre el siervo; y lo 3º porque ordinariamente no terminaba.

de varón. De la tercera [1], que el hijo estaba bajo el dominio quiritario del padre, y que aunque con respecto a los demás hombres era persona, con respecto al padre era *res mancipii.* Podía pues vindicarse como las otras cosas de esta especie, y venderse por el rito solemne de la mancipación: el padre tenía derecho de vida y muerte sobre el hijo, bien que solamente como magistrado doméstico: el hijo a manera del siervo podía ser dado *noxae,* esto es, en satisfacción de una injuria, si el padre no se allanaba a resarcirla de otro modo: el hijo no adquiría para sí, sino para el padre, y de aquí es que los nietos entraban al nacer bajo la potestad del abuelo paterno; y aun en cierto modo era más dura la condición del hijo que la del siervo, porque vendido éste y manumitido, quedaba enteramente libre, y aquél recaía bajo el dominio paterno, después de la primera y segunda manumisión.

De ser el hijo persona con relación a los demás hombres, y cosa con respecto a su padre, se seguía que el derecho los consideraba como una sola persona, y que por tanto no era posible que hubiese entre ellos acción, litis [2], contrato ni obligación: que al padre competía la gestión de todos los negocios privados del hijo, pero no la de los públicos, esto es, de los relativos al carácter de ciudadano, de magistrado o de tutor [3]: que el padre podía darle tutor por testamento, y sustituirlo pupilarmente, esto es, nombrar heredero de los bienes del hijo para el caso de que éste falleciese antes de la pubertad y en fin, que el hijo no podía casarse ni ejecutar ningún otro negocio importante sin el consentimiento del padre.

Tal fue la potestad patria en su origen. Quitóse luego al padre el derecho de vida y muerte, el de dar los hijos *noxae,* y el de venderlos, sino era al momento de nacer y en el caso de la más extremada pobreza. Disminuyóse también

[1] 1843 dice: segunda. (Comisión Editora. Caracas).

[2] 1843 dice: *litis* (Comisión Editora. Caracas).

[3] 1843 agrega: que el hijo estipulaba para el padre, no para sí: (Comisión Editora. Caracas).

considerablemente el derecho de dominio sobre las adquisiciones del hijo, distinguiéndose varios peculios, de cuyas diferencias hablaremos después.

La patria potestad se adquiere de tres modos, por matrimonio, legitimación y adopción.

TÍTULO 10

Del matrimonio

Dig. Lib. 23, tít. 2º - Cód. 5º, tít. 4º. Novel. 74 (b)

El matrimonio es la unión legítima del hombre con la mujer, dirigida a la procreación de la prole; pero sólo se miraban como nupcias solemnes, aquéllas en que la mujer entraba bajo la potestad del marido. La mujer se llamaba madre de familia en este caso, y en el contrario matrona.

Las nupcias solemnes se verificaban de tres modos, por cafarreacción [1], por coención y por uso. Contraídas por cualquiera de estos tres modos, entraba la mujer bajo la potestad del marido, como si fuese verdaderamente hija suya; de modo que el marido tenía derecho de vida o muerte sobre ella, se enseñoreaba de todos sus bienes a título de dote, y era dueño de cuanto ella adquiría. Pero si el matrimonio se contraía por puro consentimiento no producía ninguno de estos efectos, y así sucedió algunos siglos antes de Justiniano, por haber caído en desuetud los modos solemnes del antiguo derecho.

Pero de cualquier modo que se verificase el matrimonio era costumbre otorgar instrumentos dotales, y trasladar la novia a la casa del marido con un acompañamiento numeroso, y cubierta con un velo; y por eso el casarse la mujer se llamaba *nubere*, esto es, cubrirse con el velo nupcial, y casarse el hombre *ducere uxorem*, llevar la mujer a casa.

Los requisitos para el matrimonio son éstos: 1º ciuda-

(b) T. 2. P. 4. T. 2. Lib. Nov. R.
1 1843 dice: confarreacio. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

danía romana; 2º pubertad o aptitud para la generación, que se suponía faltar en los hombres menores de catorce años, y en las mujeres menores[1] de doce; 3º el estado de celibato; 4º el consentimiento de los contrayentes, que excluye la demencia, la compulsión o el miedo, y el error acerca de la persona o de alguna cualidad esencial; y 5º el consentimiento de los padres, bajo cuya potestad se hallaban los contrayentes. Si es irracional el discenso del padre, puede el magistrado con conocimiento de causa obligarle a consentir y a dar la dote. A la hija emancipada menor de veinte y cinco años era necesario el consentimiento del padre; pero podía también suplirlo el magistrado.

Se prohiben las nupcias incestuosas, indecorosas y perniciosas.

Incestuosas son las que se contraen en cierto grado de parentesco.

La cognación o parentesco es la relación entre personas que descienden de un tronco común. Puede ser o meramente natural que proviene de unión ilegítima, o meramente civil producida entre los agnados por la adopción, o mixta que proviene de legítimo matrimonio.

En el parentesco hay dos líneas, recta y oblicua. Llámase línea recta o perpendicular la de ascendencia o descendencia, y línea oblicua, trasversal o colateral la que media entre personas derivadas de un tronco común, sin ser el uno progenitor del otro. El número de grados se computa por el de las generaciones intermedias.

Es incestuoso el matrimonio, entre cognados en todos los grados de la línea recta, y hasta el 3º de la trasversal inclusive, y siempre que uno de los consortes se halle inmediatamente bajo el tronco común; en cuyo caso se le mira de algún modo como padre o madre con respecto al otro consorte. Es producido el incesto no sólo por la cognación natural y mixta, sino por la meramente civil; pero los efec-

[1] 1843 falta: menores. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

tos de la adopción como impedimento para el matrimonio cesan por la emancipación, excepto en la línea recta.

Afinidad es el parentesco entre uno de los consortes y los cognados o consanguíneos del otro. Por los grados de cognación que una persona tiene conmigo, se cuentan los de afinidad que mi mujer tiene con ella.

Aunque la afinidad cesaba por muerte o divorcio, se miraba como irreligioso y contrario a las buenas costumbres el matrimonio con suegro o suegra, yerno o nuera, padrastro o madrastra, entenado o entenada. Prohibió estos enlaces la ley Papia Popea dirigida al incremento de la población y reforma de las costumbres. Admitieron entonces las leyes romanas una afinidad sobreviviente al matrimonio, y más adelante se extendió la prohibición a la línea oblicua, según las mismas reglas que en el parentesco de cognación.

El parentesco de afinidad nacía también de la unión ilegítima, y aunque los esponsales verdaderamente no lo producían, se miraba como contrario a las buenas costumbres el casamiento con la esposa del padre o del hijo, o con el esposo de la hija o de la madre.

Como indecoroso era prohibido el matrimonio entre los senadores o sus hijos y las libertas o personas de mala vida (prohibición que fue después abolida por Justiniano), entre un ingenuo y la que ha ejercido el arte histriónico, la rufiana, la sorprendida en adulterio y la condenada en juicio público, entre el adúltero y la adúltera, el raptor y la robada.

Finalmente se prohibió como pernicioso el matrimonio de cristiano con judía, del tutor o curador o su hijo con adulta o pupila antes de rendir cuentas, del gobernador de provincia con mujer provincial, y de los clérigos y personas que se han ligado con voto solemne de castidad.

El matrimonio contraído en quebrantamiento de estas reglas era nulo y en él no se consideraban existir las relaciones legales de marido y mujer, ni por consiguiente la patria potestad, y lo dado a título de dote o donación *propter nupcias* caducaba, esto es, era vindicado por el fisco.

De la legitimación

La segunda causa de la patria potestad es la legitimación, desconocida antes de Constantino, sino era por alguna dispensa extraordinaria o privilegio.

La legitimación es un acto en que se da a los hijos ilegítimos los derechos propios de los que han sido procreados en un matrimonio conforme a las leyes; y como su fundamento es una ficción por la que se supone que los padres del ilegítimo eran casados al tiempo de procrearlo [1], se sigue que no se extiende su beneficio a los hijos espúreos, adulterinos o incestuosos, sino meramente a los naturales o bastardos, esto es, habidos en concubina.

Tres eran los modos de legitimar: 1º por matrimonio subsiguiente, introducido en tiempo de Constantino; 2º por oblación a la curia, que empezó bajo Teodosio el joven; y 3º por rescripto del príncipe, instituido por Justiniano.

Llamábase curia el senado de los municipios y colonias, compuesto de decuriones, cuyos cargos llegaron a ser tan gravosos bajo los emperadores, que se hizo preciso incitar y aun compeler a servirlos. Propúsose la legitimación como un premio a los que ofrecían sus hijos naturales a la curia, y se extendió este beneficio a las hijas naturales que eran ofrecidas para [2] mujeres de los decuriones.

Como la legitimación era una especie de diminución de cabeza, se requería para ella el consentimiento del legitimado.

La legitimación por matrimonio subsiguiente y por oblación a la curia habilitaba al legitimado para suceder en los bienes paternos de la misma manera que los legítimos; pero la última no solía concederse ordinariamente, sino a falta de éstos y no pudiendo verificarse ya el matrimonio;

[1] 1843 dice: supone la habilidad para contraer matrimonio; de que (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[2] 1843 suprime: hijas naturales que eran ofrecidas para (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

bien que no se rescindía por la adnacencia [1] de prole legítima.

Los legitimados por rescripto no sucedían al padre, si no es que éste lo desease y que el príncipe lo esperase: de otra manera sucedían solamente a falta de legítimos; y aun habiendo tal expresión, no podía menoscabarse por ella la porción que las leyes señalan a los otros hijos.

TÍTULO 11

De la adopción

Dig. Lib. 1º, tít. 7º - Cód. Lib. 8º, tít. 48 (c)

El tercer modo de adquirir la patria potestad es la adopción, acto por el cual es recibido en lugar de hijo o nieto el que naturalmente no lo es.

Debiendo la adopción imitar a la naturaleza, se sigue que podían adoptar aquéllos solos que naturalmente podían ser padres, y por consiguiente no tenían esta facultad los eunucos, ni las mujeres a no ser por un privilegio especial. Por la misma razón era menester que hubiese 18 años de diferencia entre el padre y el hijo adoptivo, y treinta y seis entre el abuelo y el nieto. Y habiéndose instituido la adopción para consuelo de aquellos que carecían de hijos, no era regular que adoptasen sino los que se hallaban en este caso, y que por ser mayores de sesenta años, no esperaban tenerlos naturalmente. Además para adoptar a uno por nieto era necesario el consentimiento del hijo, si entre éste y el adoptado se quería que hubiese la relación de paternidad.

La adopción era de dos especies; arrogación y adopción estrictamente tal. En aquélla se adoptaba una persona *sui juris:* en ésta un hijo de familia. La primera se hacía por rescripto del príncipe, la segunda por autoridad de un ma-

1 dice: aduacencia (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

(c) T. 7. P. 4.

gistrado, ante quien comparecían la persona que daba su hijo en adopción, y la que lo adoptaba por suyo.

De la naturaleza de la arrogación se sigue: que no podía verificarse sin el consentimiento del arrogado: que los hijos y bienes del arrogado pasaban a la potestad y dominio del arrogador; y que el impúber no podía ser arrogado. Pero por constitución de Antonino Pío se permitió que lo fuesen, precediendo consentimiento de los parientes más cercanos, autorización de los tutores, conocimiento de causa por el magistrado, y fianza de que muriendo antes de llegar a la pubertad, se restituirían sus bienes a los herederos o legatarios, que habrían sucedido en ellos, si no se hubiese verificado la arrogación. El que arrogaba a un impúber no podía tampoco emanciparlo sin conocimiento de causa por el magistrado, y entonces debía restituirle todo lo que hubiese adquirido por su medio. Emancipado sin justa causa o desheredado, debía dejarle además la cuarta parte de sus bienes.

El arrogado, tomaba el nombre y condición de la familia del arrogador, adquiriendo en ella los derechos de agnación, mas no los de sangre.

La adopción propiamente dicha era una acción de ley, es decir, un acto que debía ejecutarse ante magistrado competente con ciertas formalidades, y que no admitía procurador, condición ni día. Tal es la definición general de las acciones de ley. La que constituía la adopción propiamente dicha, tenía por objeto recibir por hijo o nieto al que estaba bajo la patria potestad de otro.

De la naturaleza de la adopción se sigue: que no era necesario el consentimiento del adoptado, bastando el de su padre natural; que podían ser adoptados de este modo aun los niños de tierna edad; y que no podían serlo los bastardos.

El antiguo y nuevo derecho diferían mucho en cuanto a los efectos de la adopción. En aquél la adopción era siempre un medio de adquirir la patria potestad; en éste no, a no ser que el adoptado lo fuese por uno de sus ascendientes.

En la adopción de los extraños, que también se llama

menos plena o imperfecta, el adoptado pasaba más bien a ser alumno que hijo del adoptante, y sólo adquiría el derecho de sucederle *ab intestato;* pero este derecho no era recíproco.

Título 12

De qué modos expira la patria potestad

Dig. Lib. 1º, tít. 7. Novel. 81 (d)

La patria potestad expiraba de varios modos: 1º por la muerte natural. Quedaban por ella *sui juris* los descendientes de primer grado: los de grados ulteriores podían recaer bajo la potestad de otra persona: el nieto, por ejemplo, muerto el abuelo, podía recaer bajo la potestad de su padre: 2º por la muerte civil, esto es, por la máxima y media diminución de cabeza, y por consiguiente por la cautividad, la servidumbre de la pena, el destierro o la deportación del padre o del hijo: 3º por la adopción plena; bien que entonces no expiraba propiamente la potestad patria, sino que pasaba de un individuo a otro: 4º por la emancipación y 5º por ciertas dignidades, como la de patricios o primeros ministros, la de obispos, cónsules, etc., mas entonces el hijo conservaba los derechos de familia.

No expiraba la patria potestad por la relegación, ni por la dignidad del hijo, sino con las excepciones anteriores introducidas por Justiniano, ni por la desheredación.

La emancipación es un acto por el cual el padre da libertad al hijo. En el derecho antiguo era una acción de ley que consistía en tres ventas y otras tantas manumisiones, cuando el emancipado era hijo varón, y en una venta y una manumisión, cuando era hija o descendiente de grado ulterior. Abolióse este rito por constitución del emperador Anastasio, según la cual bastaba para la emancipación obtener un rescripto imperial e insinuarlo, esto es, hacerlo registrar

(d) T. 18. P. 4.

entre las actas públicas. Y últimamente Justiniano removió la necesidad de ocurrir al príncipe, ordenando que bastase para autorizar este acto, como de jurisdicción voluntaria, la presencia de cualquier magistrado. Entre la emancipación antigua y la de Justiniano hay también la diferencia de exigirse en ésta el consentimiento del emancipado.

El padre no podía ser obligado a emancipar sino por una de las causas que siguen: primera, si el que fue arrogado antes de la pubertad, llegando a ella quería ser emancipado; segunda, si el padre prostituía a su hija, exponía al hijo o le trataba cruelmente; tercera, si aceptaba un legado bajo la condición de emanciparlo; y cuarta, por derecho novísimo, si contraía nupcias incestuosas.

TÍTULO 13

De la tutela

Dig. tít. 1º Lib. 36 - Novel. 72. (e)

Las personas *sui juris* o se hallan bajo tutela o curaduría o son del todo independientes. El que ejerce la tutela se llama tutor y pupilo el impúber que está sujeto a ella.

La tutela de los impúberes es tan antigua como el linaje humano. Las doce Tablas sancionaron esta institución de derecho de gentes por estas palabras: como el padre de familia disponga sobre su haber y la tutela de su cosa, así sea derecho.

Por las leyes antiguas de Roma las mujeres estaban sujetas a una tutela perpetua de que sólo se eximían entrando bajo la potestad del marido, o con la ley Papia Popea habiendo dado a luz tres hijos la ingenua y cuatro la libertina. Pero esta tutela de las mujeres fue abolida por Justiniano.

Servio Sulpicio definió la tutela: fuerza y potestad dada o permitida por el derecho civil sobre una persona libre para

(e) T. 16. P. 6.

proteger y defender al que por su edad es incapaz de hacerlo [1]. De esta definición se deduce que la tutela es un cargo público. No pueden por consiguiente eximirse los ciudadanos de ejercerla sino en los casos determinados por la ley, y puede ejercerla el hijo de familia, pero no el siervo, ni el peregrino, ni la mujer; bien que por el derecho novísimo se exceptúan la madre y la abuela, que Justiniano quiso que se prefiriesen a los demás parientes aunque fuesen agnados, mas a condición de renunciar las segundas nupcias y el beneficio del senado consulto Veleyano. Prohibióse también ejercer la tutela al soldado y al acreedor o deudor del pupilo; pero ni el crédito ni la deuda perjudican a la madre ni a la abuela.

De la definición se sigue igualmente que el tutor se da primariamente a la persona y secundariamente a los bienes, que no se da tutor al [2] siervo, ni al hijo de familia, ni al peregrino.

Título 14

Qué tutores pueden darse por testamento

Dig. Lib. 26, tít. 2º - Cód. Lib. 5º, tít. 28 (f)

Es un axioma en derecho que el padre puede dar tutor por testamento a los hijos o descendientes que se hallan bajo su potestad, y por su muerte no han de recaer en la de otro. Así es que no puede dar tutor testamentario la madre ni la abuela, y mucho menos un extraño; y el padre mismo no puede dar tutor a los emancipados ni a los naturales, aunque puede darle a los desheredados y a los póstumos, si naciendo

[1] 1843 agrega: Fuerza se refiere al niño de tierna edad a cuyo nombre lo hacía todo el tutor. (Comisión Editora. Caracas).

[2] 1843 agrega: De la definición se deduce también, que la tutela legítima y la dativa se impiden, y la testamentaria se suspende a lo menos si el tutor es menor de edad, demente, sordo o mudo. (Comisión Editora. Caracas).

(f) T. 16. P. 6.

en vida del padre hubiesen sido herederos suyos y recaído bajo su potestad.

Pueden darse por tutores en testamento o codicilo confirmado por testamento todos aquéllos con quienes hay testamentifacción, siempre que sean hábiles para ejercer cargos públicos. Hállase en este caso el siervo si se le deja libre, lo que en los siervos propios se presume siempre, el hijo de familia y cualquiera otro. Pueden ser dados los menores y los dementes o furiosos; pero en este caso se suspende la tutela, y el magistrado nombra tutor para mientras dura el impedimento. No puede ser tutor una persona incierta. Finalmente la tutela testamentaria admite condición y día [1].

Aunque es regla general que ni el padre puede dar tutor a los emancipados y naturales, ni la madre o un extraño a sus hijos o herederos impúberes, ni el nombramiento de tutor puede hacerse en codicilo no confirmado, suele verificarse en estos casos la confirmación, acto por el cual suple el magistrado lo que falta a la legitimidad de la constitución de la tutela. Esta confirmación se hace o con averiguación de las circunstancias del tutor o sin ella.

Se otorga la confirmación sin averiguación: si el padre no ha nombrado tutor legítimamente, v. gr., si lo ha nombrado para el hijo emancipado, o para el hijo natural instituido heredero o en codicilo no confirmado por testamento. Se hace la confirmación con averiguación, si el tutor es nombrado, sea por la madre o por un extraño, para el impúber instituido heredero y que no tenga otros bienes. El tutor dado por la madre se confirma por un magistrado superior sin fianza, y el que es dado por un extraño, se confirma por un magistrado inferior con fianza.

[1] 1843 agrega: El axioma de los jurisconsultos romanos que nadie puede morir parte testado y parte intestado se aplica rigorosamente a la tutela; y si ha tenido efecto o se espera la tutela testamentaria, no tiene lugar la legítima. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

TÍTULO 15

Dig. Lib. 26, tít. 4. - Cód. Lib. 50, tít. 30

Tutela legítima de los agnados

TÍTULO 17

Dig. Lib. 25, tít. 4. - Cód. Lib. 5º, tít. 30

Tutela de los patronos

TÍTULO 18

Tutela de los padres

TÍTULO 19

Tutela fiduciaria

Tutela legítima es la que confieren las leyes a falta de testamentaria, o por no haber habido testamento o porque en él no se ha nombrado tutor. (También tiene lugar por la muerte o diminución máxima o media de cabeza del tutor testamentario, y por llegar el día o verificarse la condición hasta la cual se le nombró; pero no lo tiene por su excusa o remoción, como ni tampoco mientras que la tutela testamentaria existe o se espera. Generalmente se confiere a aquellos que sucederían al pupilo, si falleciese)[1]; en conformidad con aquel principio de derecho romano, que donde existe el emolumento de la sucesión debe estar la carga de la tutela.

Esta tutela es de cuatro especies. La primera era la de los agnados, que trae su origen de las leyes de las Doce Tablas, que llamaban a los agnados próximos a la herencia y

1 1843 cambia por el texto siguiente: La tutela legítima no tiene lugar mientras que la testamentaria existe o se espera, y generalmente se confiere a aquellos que si llegase el caso de fallecer el pupilo, le sucederían, (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

a la tutela de los impúberes. Aunque bajo el título de agnados se comprenden todos los consanguíneos por línea de varón, se llamaban así más propiamente los que tenían un [1] nombre y sobrenombre y componían una sola familia, v. gr., los Valerios Corvinos, los Emilios Paulos, y se daba el título de gentiles a todos los que descendían de una estirpe por línea masculina y componían una sola gente o raza, teniendo un nombre común, como los Valerios, los Emilios.

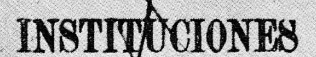
Los agnados y gentiles fueron llamados a la tutela, porque lo eran también a la herencia; y antiguamente sólo ellos eran tutores legítimos anteponiéndose los de grado más próximo, y ejerciendo juntamente la tutela los que se hallaban en igual grado. Abolida por derecho novísimo la diferencia entre agnados y cognados, y llamados unos y otros a la herencia, lo fueron también a la tutela. Y aun pasó más adelante Justiniano, prefiriendo para este cargo a la madre y a la abuela a todos los colaterales y aun al abuelo paterno.

Los patronos y sus hijos por la ley de las Doce Tablas sucedían al liberto intestado, que carecía de herederos suyos, y por consiguiente se consideraban tácitamente llamados a la tutela del impúber. De aquí la segunda especie de tutela legítima, la de los patronos, que se defería también por falta de éstos a sus hijos.

La emancipación daba al padre un derecho semejante al de patronato sobre el hijo emancipado, sucediéndole como patrono, y por consiguiente era en virtud de otra nueva interpretación llamado a la tutela del impúber emancipado. De aquí la tercera especie de tutela legítima, la de los padres.

Pero los hijos de los emancipadores no eran llamados a los derechos hereditarios del patronato, y por consiguiente tampoco debían serlo por la ley a la tutela. Extendióse sin embargo a ellos el derecho tutelar del patrono, y de aquí la cuarta especie de tutela legítima, que se llamó fiduciaria por el contrato de fiducia que intervenía en la emancipa-

[1] 1843 agrega: mismo (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).



INSTITUCIONES

DE

DERECHO ROMANO.

2.ª EDICION.

Santiago de Chile.

LIBRERÍA CENTRAL DE AUGUSTO RAYMOND,

CALLE DE LOS HUÉRFANOS I BANDERA.

— 1871 —

Facsímil de la portada de la edición de 1871, de las *Instituciones de Derecho Romano*. Aunque dice segunda edición, en realidad es la tercera.

ción. Este nombre no era pues menos adaptable a la tercera especie de tutela legítima que a la cuarta. Prevaleció no obstante la costumbre de aplicarlo a esta última.

TÍTULO 16

De la diminución de cabeza

Dig. Lib. 4. Tít. 5

Se entiende por diminución de cabeza la mutación de estado, por lo tocante a los derechos de libertad, ciudad o familia. Es por consiguiente de tres especies, máxima por la que se pierde la libertad, media por la que se pierde la ciudadanía, y mínima que destruye los derechos de familia.

Padecían la diminución máxima los que eran hechos prisioneros de guerra, y los que eran condenados a la servidumbre en castigo de algún delito. Además todos aquéllos a quienes se imponía pena capital eran degradados a la condición servil, y se llamaban siervos de la pena; bien que esta especie de servidumbre fue abolida por Justiniano en favor de los consanguíneos.

Pero si un romano era hecho prisionero de guerra, y recobraba después la libertad, no sólo recobraba con ella sus antiguos derechos, sino que por la ficción del derecho de postliminio se suponía que había gozado de ellos sin interrupción. Por el contrario, muriendo en cautividad, se suponía por la ficción de la ley Cornelia que la muerte se había verificado en el momento mismo de ser hecho prisionero.

Padecían la diminución media los que eran castigados con el entredicho de agua y fuego, los deportados, los desertores, los que eran declarados enemigos públicos; pero no los relegados, a quienes se mandaba ausentarse de la ciudad o provincia conservando los derechos de ciudadano.

Padecían la diminución mínima los arrogados y los legitimados, porque dejaban de ser personas *sui juris* y pasaban

a la potestad de otros. Pero en un sentido menos propio sufren la diminución mínima los que pasan de una familia a otra como los adoptados y los hijos de los arrogados, y aun por derecho antiguo los emancipados.

La agnación se destruye por la diminución mínima: la cognación por la máxima y la media.

Título 20

Del tutor Atiliano y del que se daba por la ley Julia y Ticia

Dig. Lib. 26, tít. 5º - Cód. Lib. 5º, tít. 34 y 36

A falta de tutor testamentario y legítimo, o mientras está pendiente la condición y día del primero, o se espera su vuelta de cautividad, o el heredero no ha aceptado la herencia, se da tutor por el magistrado, es a saber, en la ciudad por el pretor urbano con la mayoría de los tribunos de la plebe según la ley Atilia, y en las provincias por los presidentes, según la ley Julia y Ticia. El tutor dativo tiene también lugar a consecuencia de la excusa o remoción del testamentario, mas no por la muerte de éste o por la pérdida del derecho de ciudad, en cuyo caso entra el tutor legítimo, como ya se ha dicho [1].

Pero como estas leyes nada disponían ni sobre la fianza que debían prestar los tutores, ni sobre compelerlos a servir la tutela, las reformaron las constituciones imperiales, no sólo estableciendo la fianza y la coacción, sino dando el derecho de nombrar a los cónsules y posteriormente al pretor tutelar, creado a este efecto por Marco Antonino.

En seguida se estableció que el nombramiento de tutor, precedida averiguación, perteneciese en Roma al prefecto de la ciudad, o al pretor según su jurisdicción respectiva, y en las provincias a los presidentes, o por mandado de éstos

[1] 1843 falta: como ya se ha dicho. (Comisión Editora. Caracas).

a los magistrados inferiores, si no fuese considerable el haber del pupilo.

En fin, Justiniano dispuso que si las facultades del pupilo o adulto no pasaban de 500 sólidos o áureos pudiesen los magistrados municipales junto con los obispos nombrarle tutor o curador sin necesidad de mandato especial del presidente, haciéndole en todo caso prestar fianza y quedando ellos mismos subsidiariamente obligados a las resultas del juicio de tutela.

Como el nombramiento de tutor es un acto legítimo no admite condición ni día.

TÍTULO 21

De la autoridad del tutor

Dig. Lib. 26, tít. 8. - Cód. Lib. 5º, tít. 59 (g)

La autoridad del tutor es un acto legítimo por el cual el tutor aprueba solemnemente lo que hace el pupilo que ha salido de la infancia, siempre que esto sea de tal naturaleza que pueda empeorar su condición. De esta definición se sigue que la autoridad debía interponerse en el negocio mismo de que se trataba, puramente y con presencia del tutor, y no tenía valor alguno, si era condicional, o posterior al negocio, o se daba por carta o mensaje. Síguese también de la definición que la autoridad del tutor es sólo necesaria en los actos del pupilo que pueden hacerlo de peor condición, y de aquí nace el axioma conocido de derecho, que puede el pupilo mejorar su condición sin autoridad del tutor, pero no puede empeorarla sin ella.

Puede, pues, el pupilo sin autoridad del tutor estipular por sí, aceptar una donación o remisión y adquirir por cualquier título lucrativo: pero no puede prometer, dar, remi-

(g) T. 16. P. 6.

tir una deuda, entregar ni enajenar. Los contratos hechos sin ella no obligan al pupilo, sino en cuanto haya sido hecho más rico por ellos; pero producen obligación en la otra parte contratante, por lo que se dice que claudican.

Otra consecuencia de aquel principio es que el pupilo no puede aceptar por sí solo una herencia por lucrativa que sea, la cual se extiende a la herencia por *fideicomiso,* y a la posesión de bienes, ya porque esto le obligaría respecto de los acreedores y legatarios, y el pupilo no puede obligarse civilmente sin autoridad del tutor, ya porque la adición de una herencia era en otro tiempo un acto solemne, y los actos de esta especie no pueden ejecutarse sin que el tutor los autorice.

La autoridad del tutor era particularmente necesaria en los actos que requerían la gestión personal del pupilo, como la manumisión, la adición de una herencia, y la constitución de procurador. En los actos que se hacen por la gestión del tutor, la autoridad es superflua.

El tutor no puede autorizar ningún acto que redunde en utilidad suya, y por tanto no le es lícito comprar ninguno de los bienes del pupilo, si no es en almoneda pública o de otro modo equivalente. Si sobreviene litis entre ambos, se da al pupilo un curador *ad litem,* no tutor pretorio como en otro tiempo: lo cual se entiende si el tutor es uno solo, o si siendo muchos es con todos ellos la litis.

APÉNDICE

Sobre la potestad de los tutores

La potestad de los tutores o es relativa a la persona del pupilo o a sus bienes. Con respecto a lo primero está reducida a muy estrechos límites, ya se trate de su habitación, alimentos, educación u otra cosa semejante; porque si no se arreglan todos estos puntos por los padres o parientes del

pupilo, no penden del arbitrio del tutor, sino de la disposición del magistrado.

En la administración de los bienes el tutor por el contrario hace casi las veces de dueño. Primeramente él puede intentar las acciones contra los deudores del pupilo, tomar la defensa de éste sin necesidad de mandato ni fianza, del mismo modo que si fuese el verdadero dueño.

En segundo lugar, el pago hecho al tutor por los deudores del pupilo deja extinguida la deuda.

Y en tercer lugar, se le permite enajenar las cosas del pupilo, bien que con varias excepciones. Enajena libremente aquellas que no pueden conservarse guardándose; pero no las otras, si no es con manifiesta utilidad del pupilo. Se le prohibe la donación, pero se le permite la venta, el cambio, la división de cosas comunes, el pago de las deudas, la novación, la transacción y el juramento. Si vende, ha de ser por el justo precio de la cosa, en cuanto sea posible. En la transacción debe procurar que no se sacrifique ninguno de los derechos del pupilo: en la novación, que se sustituya al antiguo deudor otro de más sólidas facultades; y en el juramento que no lo defiera sino a falta de todo otro género de prueba.

TÍTULO 22 [1]

De qué modos termina la tutela

Cód. Lib. 5º, tít. 60

Termina la tutela por los modos siguientes: 1º por muerte del tutor o pupilo; 2º por cualquiera diminución de cabeza del pupilo, y por la máxima o media del tutor, pero no por la mínima; lo cual no se entiende absolutamente, sino con respecto al derecho novísimo, esto es, después que agnados

[1] 1843 aparece como título 21 y antes del *Apéndice* que precede. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

y cognados fueron llamados indistintamente a la tutela, pues en el derecho antiguo cesaba la tutela legítima por la mínima diminución del tutor; 3º por la pubertad del pupilo, que mucho antes de Justiniano se estimaba no por el hábito del cuerpo, sino por los años, es a saber, catorce cumplidos en el hombre y doce en la mujer; 4º por existir la condición o el día; 5º por la excusa o remoción del tutor.

TÍTULO 23

De los curadores

Dig. Lib. 27, tít. 10. - Cód. Lib. 5º, tít. 70 (h)

La curaduría es la facultad de administrar los bienes de aquellos que no pueden hacerlo rectamente por sí mismos. De aquí se sigue que el curador se da primariamente a los bienes y por consecuencia a la persona. El tutor interpone su autoridad en los actos del pupilo, y el curador presta su consentimiento a lo que ejecuta el adulto.

Hay curadores que se dan exclusivamente a los bienes, v. gr., a los del deudor que se oculta, a los del heredero aún no nacido, y a los del ciudadano cautivo. Aquí tratamos particularmente de los curadores que se dan a personas ciertas, que por defecto de edad, o por un vicio del alma o del cuerpo son incapaces de administrar sus intereses.

Primeramente se permitió por la ley Letoria dar curador, precedido conocimiento de causa, a los menores de veinticinco años cumplidos que lo deseasen y pidiesen. Posteriormente ordenó Marco Antonino se diese a cualesquier jóvenes menores de edad sin conocimiento de causa, no feneciendo la tutela antes de constituirse el curador. Esta especie de curaduría se llama dativa: se da por los mismos magistrados que la tutela, y son hábiles para la primera los mismos

(h) L. 13. T. 16. P. 6.

que para la segunda; pero no puede darse la curaduría al que ha ejercido la tutela si se excusa.

Hay también una curaduría legítima, que es la que se da a los furiosos y a los pródigos, que se hallan bajo entredicho de administrar sus bienes. Encárgase a los parientes más próximos.

El curador testamentario dado por el padre o la madre necesita de confirmación, y ésta se concede de la misma manera que en la tutela.

Se da a veces curador a los pupilos, v. gr., cuando el tutor no es idóneo, y no se le puede acusar de malversación, o cuando se halla temporalmente impedido, si el pupilo no ha salido aún de la infancia, o está ausente. El curador en este caso de impedimento pasajero toma el nombre de actor, es dado por el pretor o presidente de la provincia, y obra bajo la responsabilidad del tutor.

Fenece la curaduría por la terminación de la minoridad del que está sujeto a ella, si no es que antes obtenga dispensa del príncipe, para lo cual se exigía veinte años a lo menos en el hombre y dieciocho en la mujer: mas aun obtenida esta dispensa, no podía enajenar ni obligar los bienes raíces sin decreto. Fenece también la curaduría por la terminación de la demencia, vicio corporal o mala conducta que dio motivo a ella.

Como el tutor es compelido a dar cuenta por la acción directa de tutela, así lo es también el curador por la acción útil del mismo nombre.

TÍTULO 24

De las fianzas de los tutores y curadores

Dig. Lib. 27, tít. 7. - Cód. Lib. 5º, tít. 57

Se llama fianza la caución o seguridad prestada por medio de fiadores que responden con sus bienes por el cumplimiento de obligaciones ajenas. Aunque hay otras especies

de caución, como la pignoraticia, la juratoria y la meramente promisoria, los pretores exigen siempre fianza; sobre todo cuando es incierto el valor del daño que se teme.

Tanto los tutores como los curadores prestan fianza de mantener indemnes los bienes del pupilo. Exceptuándose los tutores testamentarios, a lo menos que en los bienes, crédito o sentimientos del tutor sobrevenga alguna novedad perjudicial al pupilo; los que se dan con averiguación, que son los nombrados por los magistrados superiores; y entre los legítimos el padre y el patrono pueden ser dispensados por el pretor, con conocimiento de causa [1]. Los fiadores si son muchos se obligan *in solidum*.

Cuando entre muchos tutores o curadores se encarga uno de la gestión, éste debe dar fianza a los otros. En este caso el que se ofrece a la administración debe prestarla: si ninguno se ofrece, se prefiere al designado por el testador: si falta esta designación, al que la mayor parte de los tutores eligiere; y si éstos no se convienen, toca la elección al pretor. Si hay más de uno dispuesto a dar fianza, elige también entre ellos el pretor; y si los tutores prefieren dividir la tutela, se deben oir sus razones.

Como la fianza se contrae por estipulación, puede estipularla el pupilo que ya ha salido de la infancia, o a nombre del pupilo infante, el siervo propio o del público. En virtud de este contrato se puede, fenecida la tutela, intentar contra los fiadores la acción *ex extipulatu* que no tiene lugar sino subsidiariamente después de la acción contra el tutor que ha gestionado y sus herederos, y en segundo lugar contra los contutores. Si los tutores han debido prestar fianza y no lo han hecho, se procede contra los magistrados que faltaron en esta parte a su deber, y lo mismo sucede si después de la acción contra los fiadores aún no se halla indemnizado el pupilo. La acción desciende también a los herede-

[1] 1843 dice únicamente: y los patronos o sus hijos. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

ros de los magistrados, si ha habido en éstos dolo o culpa lata; pero nunca tiene lugar contra los magistrados mayores.

Lo dicho de los tutores se aplica a los curadores, y en caso de mora a prestar la fianza se compele a unos y otros prendándolos.

Título 25

De las excusas de los tutores y curadores

Dig. Lib. 27, tít. 1. - Cód. Lib. 5º, tít. 62 (i)

Las excusas de los tutores y curadores son de dos maneras, voluntarias y necesarias. La excusa voluntaria aprovecha si se hace uso de ella, y exonera del cargo antes de haberlo tomado: la excusa necesaria, aunque no se alegue, impide ejercerlo y pone término a él.

Las excusas voluntarias consisten ya en privilegio, ya en impotencia, ya en el peligro de la estimación.

Gozan de privilegio: 1º los que tienen tres hijos vivientes, naturales y legítimos en Roma, cuatro en Italia y cinco en las provincias, contándose en el número de los vivientes los que han perecido en la guerra y los que han dejado sucesión; 2º los que administran los bienes fiscales o del príncipe, los arrendatarios de los fundos imperiales, y los administradores de rentas públicas, no meramente municipales; 3º los ausentes en servicio de la república, a quienes aprovecha esta excusa, no sólo para no tomar a su cargo, sino para no continuar en la tutela, subsistiendo el privilegio hasta un año después de su vuelta; pero sólo con respecto a la tutela que aún no se ha empezado a ejercer; 4º los magistrados superiores; 5º los senadores y los jefes de las municipalidades; 6º los profesores de gramática, retórica y demás artes libera-

(i) T. 17. P. 6.

les, los filósofos, médicos y jurisconsultos con tal que sean del número y ejerciten su profesión.

Excusan por impotencia: 1º tres tutelas en una sola familia, si no son tenues ni se han solicitado; pero deben más bien pesarse que contarse, y una sola si es demasiado complicada, exonera también; 2º la pobreza; 3º una enfermedad tal que no nos permita atender a la administración de nuestros propios intereses; 4º no saber leer, si la tutela parece exigirlo; 5º setenta años cumplidos.

Se excusan por el peligro de la reputación: 1º los que han tenido enemistad capital con el padre del pupilo, si no ha intervenido reconciliación; 2º aquellos cuyo estado de libertad, ciudad o familia ha sido disputado por el padre; 3º aquellos que lo han disputado al pupilo.

No valen las excusas voluntarias al que hizo promesas al testador de servir la tutela.

Tampoco se admite la excusa con relación a una parte del patrimonio del pupilo, porque el tutor se da para todo él; pero hay una excepción a esta regla, que es cuando esta parte de los bienes está a más de cien millas de distancia y en otra provincia.

Finalmente no se admite la excusa voluntaria, si el tutor o curador se ha mezclado en la administración.

Las excusas necesarias o prohibitorias consisten: 1º en la demencia, sordera o ceguedad; 2º en la minoridad respecto de los tutores dativos, no de los legítimos (lo contrario era por derecho antiguo que fue[1] derogado por Justiniano) y mucho menos de los testamentarios; 3º hallarse en la milicia o servicio militar; 4º en tener litis con el pupilo sobre toda la herencia o la mayor parte de ella, y según el derecho novísimo sobre cualquiera parte; 5º en el sacerdocio o profesión religiosa; pero la tutela legítima se permite a los diáconos y presbíteros; 6º en el matrimonio, que no permita al marido la curaduría de los bienes de la mujer, lo cual se extiende

[1] 1843 dice: según el derecho antiguo (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

aun a los esponsales. El marido era dueño de la dote, y por consiguiente la administraba; mas no podía tener la curaduría de los bienes parafernales, bien que era libre a la mujer mayor de edad y de sano juicio confiarle su administración. Parece sin embargo que por las nuevas constituciones imperiales era lícito al marido administrar aquellos bienes de la mujer menor, que ella no se ha reservado expresamente.

Excusa especialmente de la curaduría la tutela anterior; pero no al liberto nombrado por el patrono por curador de sus hijos.

Las excusas de la primera especie no producen efecto si no son alegadas. Si el magistrado desecha la excusa, la responsabilidad no sufre interrupción, por lo cual obrarán cuerdamente los tutores, que se hagan cargo de la administración, interponiendo protesta de que no por eso abandonan sus excusas. Pueden alegarse muchas y basta para probar una sola, pero todas deben proponerse al tribunal dentro de cincuenta días continuos, si el tutor habita a una distancia de cien millas o menos. Si vive más lejos, se le permite de plazo por cada veinte millas un día, y treinta días más; pero nunca menos de cincuenta.

Título 26

De los tutores y curadores sospechosos

Dig. Lib. 26, tít. 10. - Cód. Lib. 5º, tít. 34 (j)

Se llaman sospechosos los tutores y curadores que no administran fielmente, esto es, los que por dolo o culpa no cumplen con sus obligaciones, estén o no solventes. Interesando al estado que el pupilo no reciba detrimento en sus bienes, instituyeron las leyes de las Doce Tablas el crimen

(j) T. 18. P. 6.

suspecti, acusación cuasi pública del tutor o curador sospechoso, para la remoción y aplicación de una pena extraordinaria. Se dice cuasi pública, porque todos son admitidos a hacerla: no pública, porque no se intenta ante el magistrado que ejerce el mero imperio, sino ante el pretor, el presidente u otro que tiene jurisdicción ordinaria, propia o delegada.

Por consiguiente pueden acusar cualesquiera personas, v. gr., los contutores, los libertos y aun las mujeres consanguíneas o extrañas, con tal que puedan hacerlo sin faltar a la modestia de su sexo. No se permite hacerlo al mismo pupilo; pero el adulto puede acusar a su curador por el consejo de su familia. Además el magistrado tiene facultad para proceder de oficio contra el tutor, y removerlo aunque nadie lo acuse.

Puede acusarse a todo tutor, aunque ofrezca fianza, incluso el tutor legítimo; bien que lo más común respecto de éste es agregarle un curador, sin removerlo por consideración al parentesco. La acusación de sospechoso tiene lugar aun antes que el tutor o curador hayan entrado en ejercicio de sus funciones.

Intentada la acusación, se suspende la administración de la tutela, y condenado el tutor, se le remueve, ya sea con nota de infamia si se ha hecho reo de dolo o culpa lata, ya sin esta nota si sólo ha cometido culpa leve. Si el hecho de que se le ha convencido es atroz, v. gr., si el liberto administró fraudulentamente la tutela de los hijos o nietos del patrono, se le remite al magistrado que ejerce el mero imperio para que le imponga una pena extraordinaria, proporcionándola al delito. Pero muerto el reo, o fenecida la tutela antes de la sentencia, se extingue el crimen porque basta la acción de tutela para dejar a cubierto los bienes del pupilo.

Si el tutor se oculta para impedir la asignación de alimentos al pupilo, la cual se hacía con intervención del pretor, se le sujeta a la misma pena que al deudor que se

oculta, es decir [1], el pupilo se posesiona de los bienes del tutor, los custodia y vende para sus alimentos, los que no puedan conservarse guardándolos. Si aun así no parece el tutor, se le remueve como sospechoso.

Si el tutor pretende que la pobreza del pupilo no permite asignarle alimentos, y la alegación es falsa, se le remite al prefecto de la ciudad para el condigno castigo. Igual pena se impone al que ha adquirido la tutela con sobornos.

FIN DEL LIBRO PRIMERO

1 1843 falta: es decir (Comisión Editora. Caracas).

LIBRO SEGUNDO

TÍTULO PRIMERO

De la división de las cosas y adquisición del dominio de ellas

Dig. Lib. 1º, tít. 8º. - Cód. Lib. 41, tít. 1 (k)

Se entiende por cosa todo aquello que fuera de las personas puede servir al uso y comodidad nuestra, sea de derecho divino o de derecho humano, de público o privado, sean objetos corporales o incorporales, derechos *in re* o *ad rem*. Así es que bajo el título de cosas se pueden también comprender las acciones.

Las cosas están en nuestros bienes o patrimonio, o fuera de él. A las primeras llamaban los romanos pecunia, como nosotros caudal o haber.

Las cosas además son de derecho divino o de derecho humano: las de derecho divino se dividen en sagradas, religiosas y santas. Las de derecho humano en comunes, públicas, de universidad y privadas.

Sagradas (que se llaman también *res nullius*) son aquellas que se consagran a Dios con los ritos acostumbrados. A los pontífices gentiles sucedieron en el ejercicio de este derecho los obispos. Por la ley Papiria no se podía consagrar cosa alguna sin el consentimiento de la plebe: posteriormente sólo fue necesario el del príncipe. Las cosas sagradas no pueden enajenarse sino para la redención de cautivos,

(k) T. 16. P. 6. (NOTA DE BELLO).

para dar a los pobres en tiempo de hambre el alimento necesario a la vida y para pagar alguna deuda urgente de la iglesia. No se deben confundir con las cosas sagradas las que forman el patrimonio de las iglesias, monasterios, etc.

Si alguno de su propia autoridad consagraba alguna cosa, se miraba sin embargo como profana.

Por cosas religiosas se entendían las destinadas a los difuntos y principalmente el lugar de su sepultura. Cada cual podía hacer religioso un lugar suyo, depositando en él un cadáver. De aquí se sigue que un lugar perteneciente a muchos no puede hacerse religioso sin el consentimiento de los socios; que tampoco lo son los cenotafios; que los lugares religiosos dejan de serlo, extrayendo los cadáveres, para lo cual era necesaria la autoridad de los pontífices; y que si se sepultaba en lugar ajeno sin permiso del dueño, o no sobrevenía después este permiso, el lugar no era religioso, y se obligaba al que había usado de él a desocuparlo o dar el precio.

Santo en un sentido general comprende lo sagrado y religioso. Pero se llama así propiamente lo que no puede violarse sin incurrir en una pena, como los Emperadores, los tribunos de la plebe, las leyes. En este sentido eran cosas santas los muros y las puertas de las ciudades: los primeros por derecho pontificio: las segundas, por la sanción penal de la ley.

Las cosas comunes son tales o por naturaleza o por no haber sido aún apropiadas. Las de la primera especie son aquellas cuyo uso ha dado la naturaleza a todos los hombres y cuya propiedad no es de ninguno, v. gr., el aire, el agua corriente, el mar y las playas. El agua corriente en cuanto necesaria para beber y lavar, el mar en cuanto sirve para la navegación y la pesca, y las playas en cuanto contribuyen a estos usos del mar, se miran como patrimonio común del género humano, y si pueden ocuparse en parte, debe ser sin perjuicio de la utilidad universal. Tiene pues derecho todo hombre para arribar a una playa, aferrar en ella sus naves, secar sus redes, etc., mas no para hacer uso de los muelles

o edificios públicos o particulares; destruidas estas obras, vuelve el agua o tierra que ocupaban a la comunión primitiva.

Cosas públicas son aquellas cuya propiedad es de un estado o nación particular, y el uso de todos los individuos de este estado o nación, a cuya clase pertenecen los ríos, puertos, plazas, caminos, etc. No deben confundirse con las cosas públicas las que forman el patrimonio del estado, v. gr., los predios, oficinas y otros edificios destinados al servicio nacional.

Siendo los ríos comunes a todos los individuos de una nación para navegar y pescar, lo son también las riberas en cuanto necesarias para estos usos; sin perjuicio de las propiedades prediales situadas en ellas.

Las cosas de universidad son las que pertenecen a alguna ciudad o gremio, siendo promiscuo su uso a todos los individuos de ella. Esta especie de bienes tampoco debe confundirse con los que forman el patrimonio de la universidad o gremio, y que se administran por su cuenta.

Cosas privadas en fin son aquellas cuya propiedad y uso pertenecen a personas determinadas.

Los derechos que tenemos sobre las cosas son *in re* o *ad rem*. El derecho *in re* es la facultad que compete al hombre sobre una cosa sin consideración a determinada persona. El derecho *ad rem* es la facultad que compete a una persona sobre otra para obligarla a dar o hacer algo. A esta clase pertenecen las obligaciones de que trataremos más adelante.

De la primera definición se sigue que el derecho *in re* no expira, aunque salga la cosa de nuestro poder, y que produce acciones *in rem* contra cualquiera que la tenga. Sus especies son cuatro, dominio, herencia, servidumbre y prenda.

En este título sólo se trata del dominio que es el derecho sobre una cosa corporal para disponer de ella y vindicarla, en cuanto no se oponga alguna ley, convención o voluntad del testador. Divídese en quiritario y bonitario: el 1º era

propio de los ciudadanos romanos y se adquiría por los modos civiles, como la emancipación, la herencia, la cesión en derecho, la usucapión, la compra sub-corona, la almoneda, la adjudicación y la ley. Mas el bonitario podría adquirirse por todos los modos naturales, y no era privativo de los romanos. Justiniano abolió esta distinción.

Divídese también en pleno y menos pleno. En aquél están reunidas la facultad de disponer de la cosa, la de vindicarla y la de percibir sus utilidades[1]. Pero en el dominio menos pleno se hallan repartidas entre el señor directo que retiene algo de la facultad de disponer, y el señor útil que percibe las utilidades y ejerce las acciones *in rem*. A esta segunda clase pertenecen el feudo, la enfiteusis y el derecho de superficie, en los cuales el dominio directo toca al señor del feudo, de la enfiteusis o de la superficie, y el dominio útil es del feudatario, del enfiteuta o del superficiario.

La causa del dominio es remota o próxima. Aquélla es un título para adquirir el dominio, como el de compra, permuta, donación y otros, todos los cuales producen inmediatamente un derecho *ad rem*, pero no constituyen dominio, si no se verifica la tradición o entrega. La causa próxima es alguno de los modos de adquirir y produce inmediatamente dominio.

Los modos de adquirir o son de derecho de gentes o de derecho civil. Los de derecho de gentes, que son de los que tratamos ahora, se dividen en originarios y derivativos. Los modos originarios son la ocupación y la accesión. La entrega es un modo derivativo.

La ocupación es de varias especies. La caza (comprendiendo bajo este nombre la pesca) es la ocupación de los animales bravíos, sean terrestres, volátiles o acuátiles. Puede verificarse aun en fundo ajeno (menos en estanques o vivares artificiales) y aun contra la voluntad del dueño del fundo; pues aunque es prohibido cazar en tierras ajenas,

[1] 1843 dice: la de percibir sus utilidades y la de vindicarlas (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

esto no muda la condición de animal. De aquí es que lo que compete en este caso al dueño es una simple acción de injurias, no la vindicatoria ni la condición furtiva. Si el animal aprehendido una vez, vuelve a la libertad natural, puede ser ocupado por otro, de manera que el dominio expira en este caso con la posesión. Y se entiende haber recobrado la libertad natural, si el dueño lo ha perdido de vista, o no puede ya perseguirlo sino con suma dificultad.

Un animal que por su naturaleza es silvestre y que hemos amansado, no puede ocuparse por otro, aunque salga accidental o habitualmente de nuestro poder, si no depone el ánimo de volver. De aquí se sigue que el que aprehende a sabiendas uno de estos animales, que sin ser naturalmente domésticos viven en domesticidad, comete hurto. Síguese también que si un enjambre de abejas posa en un árbol nuestro puede ser ocupado por otra persona, mientras no lo hemos metido en colmena, y si puesto en ella la abandona, no se entiende permanecer en nuestro dominio, sino en tanto que no lo perdemos de vista.

Pero los animales que viven comúnmente en estado de domesticidad permanecen siempre nuestros en cualquier lugar donde se hallen, y el que se apodera de ellos a sabiendas comete hurto.

Otra especie de ocupación es la captura bélica, por la cual apoderándonos de las personas o cosas del enemigo, las hacemos nuestras, luego que la hemos llevado *intra prœsidia;* lo cual no se verifica en la guerra civil. Las presas hechas por los soldados son de la república; pero se les deja regularmente los efectos muebles que toman en los despojos y saqueos que su general les permite. Las presas hechas por personas privadas son de los apresadores. Los bienes raíces se adjudican siempre al estado.

Las personas o cosas apresadas por el enemigo, si vuelven a poder nuestro recobran su primer estado por el derecho de postliminio, el cual es propio de la guerra, y no tiene lugar en la paz, sino cuando en las condiciones de ésta se ha esti-

pulado la restitución de los prisioneros, o cuando éstos son rescatados.

La tercera especie de ocupación es el hallazgo o descubrimiento, por el cual se adquieren cosas ocultas que no son de nadie, o que han sido abandonadas por sus dueños, o que tenemos la dicha de hallar antes que otro. Adquirimos de este modo la propiedad de las perlas, corales y otras materias que el mar arroja a las playas y las de los tesoros enterrados desde tiempo inmemorial y encontrados en lugar nuestro sin el auxilio de la magia. Lo mismo se observa respecto de los que se encuentran fortuitamente en un lugar sagrado o religioso de nuestro uso privado. Los que se hallan fortuitamente en lugar ajeno, privado o público, pertenecen la mitad al que los halla y la otra mitad al dueño de la tierra; pero el buscarlos de propósito y desenterrarlos en un fundo ajeno, se castiga como una injuria a la propiedad.

Las cosas perdidas, que no hay motivo de creer abandonadas por sus dueños, no ceden al primer ocupante. En este caso se hallan los efectos de los náufragos y los que se echan al mar para alijar la nave.

La accesión es de tres especies, natural, industrial y mixta. A la primera pertenecen el parto de los animales y de las esclavas y las producciones espontáneas del suelo. Pertenecen también a ella la aluvión en los fundos arcifinios; pero no en los que tienen límites artificiales por demarcación o medida. Lo que la fuerza del río arranca de un fundo y traslada al vecino, permanece de su primer dueño, a no ser que con el tiempo se incorpore en el fundo vecino, pues entonces pasa a ser del dueño de éste. La isla nacida en el mar se considera *res nullius*. La que se forma en medio del cauce de un río es de los que poseen los fundos fronteros arcifinios en ambas orillas a proporción de la anchura de cada fundo; pero si se forma cerca de alguna de las dos orillas, es solamente de los dueños de ésta; una vez apropiada, las accesiones que recibe pertenecen exclusivamente a su dueño. Si el río muda de cauce, el cauce abandonado

acrece a los fundos arcifinios de ambas orillas a prorrata, y el cauce nuevamente ocupado se hace público. Pero la inundación no muda la propiedad del fundo.

La accesión industrial es de varias especies, que se llaman adjunción, especificación y conmistión. La adjunción es cuando una materia ajena se junta a la nuestra por engaste, soldadura, tejido, edificación, escritura o pintura. La regla es que lo accesorio sigue a lo principal, entendiéndose por principal la sustancia o cuerpo de la cosa, y por accesorio lo que sirve solamente para su comodidad u ornato. Entre dos partes integrantes de desigual tamaño, la más grande es la principal; y si son iguales en volumen, la de más precio; si ambas son también de igual precio, no hay accesión, ni se muda la propiedad de las partes.

Por tanto la piedra preciosa ajena engastada en oro mío se hace mía, y lo mismo sucede con la púrpura ajena que adorna mis vestidos. Por la misma razón lo que se edifica, cede al dueño del suelo, ya se edifique con materia propia en suelo ajeno, o con materia ajena en suelo propio. La pintura tampoco mudaba la propiedad de la tabla; pero en este último punto Justiniano estableció lo contrario.

En el caso del engaste y del tejido el dueño de la materia accesoria tiene acción *ad exhibendum* contra el poseedor de buena fe; pero si el poseedor ofreciese indemnizarle, y la separación acarrease perjuicio grave, no sería justo insistir en la restitución. Y como respecto de las cosas que ya no están en ser, aunque no hay vindicación, hay condición contra cualesquiera poseedores, se sigue que la hay también en dichos casos. Contra el poseedor de mala fe hay además la acción de hurto. En el caso de la soldadura se observa lo mismo, excepto que no tiene lugar la vindicación, ni aun después de separarse la accesoria.

El dueño de la materia con que otro edifica en suelo propio conserva el dominio de ella, pero no puede vindicarla, ni tiene acción *ad exhibendum* por la ley de las Doce Tablas,

que prohibe se obligue al dueño del suelo a destruir el edificio, sino sólo a pagar el duplo por la acción de *tigno juncto*. Destruido el edificio, puede el dueño de los materiales, si no ha recibido el duplo, vindicarlos o intentar la acción *ad exhibendum*.

Si se ha edificado en suelo ajeno, el dueño de la materia, que edificó a sabiendas de no pertenecerle el suelo, pierde la propiedad de ella; de manera que ni aun destruido el edificio puede vindicar los materiales. Mas el que edificó y está poseyendo de buena fe, puede repeler al dueño del suelo por la excepción *doli mali*, mientras no le abone el precio de los materiales y demás gastos; y si dejó de poseer, destruido el edificio, puede vindicar los materiales. Si no posee y el edificio está en pie, el edificador no tiene acción alguna. El poseedor de buena fe que ha escrito en material ajeno, tiene contra el dueño la excepción *doli mali*, si éste intenta vindicar el material sin pagar el precio de la escritura.

El poseedor de la pintura puede repeler al pintor con la excepción *doli mali*, si no paga el precio de la tabla; y el dueño de la tabla tiene contra el pintor que está en posesión de la pintura la acción útil *in rem*, que puede repelerse con la excepción indicada, si no se paga el precio de la pintura. Pero se entiende si la posesión es de buena fe, porque de otro modo el dueño de la tabla tiene la acción de hurto y la condición furtiva, además de la acción útil *in rem*.

La especificación es un modo de adquirir, por el cual el que da una materia ajena hace de buena fe y para sí una nueva especie, adquiere el dominio de ella. Si la cosa puede reducirse a la primera forma, es del dueño de la materia, pero con la obligación de dar al especificante el valor de la hechura, si ha procedido de buena fe [1]; y si no puede, es del que le ha dado su nueva forma, el cual, si lo ha hecho de buena fe, debe satisfacer aquel valor en que la posesión de

[1] 1843 dice: y si no puede, es del que le ha dado su nueva forma; el cual si lo ha hecho (COMISIÓN EDITORA, CARACAS).

la materia le ha hecho más rico, y si de mala fe, pierde la cosa y la hechura.

Si se forma una nueva especie con materia en parte propia y en parte ajena, pertenece la nueva especie al que la ha formado.

La conmistión es la mezcla de dos materias líquidas o secas: la primera se llama propiamente confusión. En ésta, el compuesto pertenece a los dueños de las partes componentes en común y a prorrata, si éstas se han confundido con voluntad de ambos o de uno de ellos o de un tercero, o por un accidente fortuito. En cualquiera de estos casos cada uno de los dueños tiene la acción de *communi dividundo.* Esto se entiende si el compuesto no ha variado de especie; pues si ha variado, se decide el caso por las reglas de la especificación [1].

Si de la confusión resulta un compuesto que de nada sirve, el perjuicio recae sobre el que la ha hecho y está obligado a indemnizar al dueño.

En la conmistión propiamente dicha, si se ha hecho por voluntad de ambos dueños, se produce comunidad a prorrata; en los demás casos hay acción *in rem.*

La accesión mixta es de tres especies, plantación, siembra y percepción de frutos.

Lo que se planta es para siempre del dueño del suelo, una vez que se ha incorporado en él y echado raíces; de tal manera que un árbol plantado entre dos fundos, si se arraiga en uno y otro, es común a los dos propietarios *pro indiviso* mientras está en pie, y *pro diviso* si se corta o arranca. De aquí es que si alguno plantó en suelo ajeno [2], aun arrancado el árbol puede vindicarlo, si se le permite arrancarlo para entregar el suelo a su dueño, al revés de lo que sucede al que edificó con materiales propios en suelo ajeno. Sólo tiene

[1] 1843 dice: por un accidente fortuito: en el primer caso cada uno tiene la acción de *communi dividundo;* y en el segundo sucede lo mismo, si es imposible la separación; pero si ésta es posible, hay acción *ad exhibendum* y vindicatoria. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[2] 1843 agrega: ni (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

pues la excepción *doli mali,* si procedió de buena fe, y mientras posee. Mas contra el que plantó un árbol ajeno en el suelo propio, hay acción *in factum,* y condición *sine causa,* o acción útil *in rem.* Pero esto se entiende si se plantó de buena fe, porque en el caso contrario hay acción de hurto y condición furtiva, además de la acción *ad exhibendum* y vindicación.

La siembra está sujeta a las mismas reglas.

En cuanto a la percepción de frutos es de notar que sólo se entienden con el nombre de frutos las utilidades producidas por alguna cosa, sea que provengan de su misma sustancia, u ocasión de ella. Los frutos naturales pueden ser espontáneos o necesitar de cultivo, en cuyo caso se llaman industriales. La cría del ganado se refiere generalmente a lo primero.

Para adquirirlos se necesita en el adquirente que posea de buena fe y con justo título. Fúndase, pues, su derecho próximamente en la cultura y cuidado, y remotamente en la buena fe. La buena fe supone que se cree haber sido trasmitida la propiedad de la cosa por el verdadero dueño, o a lo menos por una persona que tuvo derecho para enajenarla, como el tutor y el procurador en los casos y del modo que la ley determina. No es suficiente que el título parezca justo, si efectivamente no lo es, a no ser que haya una causa poderosa para nuestro error en este punto. Ni tampoco basta que haya habido buena fe al principio, porque es necesario permanecer en ella para adquirir los frutos. Se presume en todo caso la buena fe, si no se prueba lo contrario. Pero obtenida la evicción por el propietario, esto es, dada sentencia en favor de él, se entiende haber cesado la buena fe desde que se intentó la acción.

Se verifica la percepción y se adquiere el dominio de los frutos cuando los hemos separado de la sustancia que los produce; y es indiferente que la adquisición del fundo haya sido por título oneroso o lucrativo, y que los frutos se reduzcan a la clase de los espontáneos o de los cultivados. De

los frutos consumidos no responde el poseedor de buena fe; pero sí de los existentes, excepto aquellos cuya propiedad ha ganado por usucapión; gozando sólo de la excepción *doli mali* para que se le abonen o reembolsen los gastos de cultivo y mejora.

En el juicio de petición de herencia el poseedor de buena fe responde de los frutos consumidos, en cuanto le han hecho más rico porque la petición de herencia es una acción *in rem* que envuelve prestaciones personales, y el poseedor en este caso, no estando obligado a responder de las desmejoras o dilapidaciones que ha causado mientras creyó abusar de una cosa propia, lo está con respecto a las utilidades que ha sacado de ella. A esto se agrega que, no teniendo verdadero título, no se hace dueño de los frutos, los cuales se acumulan a la herencia y la aumentan, entrando por consiguiente su valor en la restitución.

El poseedor de mala fe está obligado a restituir los frutos consumidos, y aun los que dejó de percibir pudiendo honestamente hacerlo. Con respecto a las mejoras hechas en el fundo no puede oponer la excepción *doli mali;* pero sí con respecto a los gastos de cosecha. Y todo poseedor se mira como de mala fe desde la contestación de la litis.

El usufructuario sólo hace suyos los frutos percibiéndolos de manera que si son hurtados antes de percibirlos, tiene la acción de hurto; pero la condición furtiva pertenece al propietario, al paso que el poseedor de buena fe tiene ambas. Los animales se entienden percibidos [1] por el solo hecho de nacer.

Obsérvase casi lo mismo con respecto al dominio que el

[1] 1843 agrega: Si fallece el usufructuario sólo pasan a sus herederos los frutos percibidos, quedándoles en cuanto a los otros la excepción *doli mali* para que se les paguen o abonen los gastos de cosecha, porque no se entienden por frutos, sino lo que sobra deducidos estos gastos. Y recíprocamente le pertenecen todos los frutos percibidos desde que empieza el usufructo, aunque hayan sido producidos por industria ajena.

Si el fructuario arrienda un fundo rústico, hace suya toda la renta o pensión del año en que expira el usufructo, si la expiración se verifica después de la cosecha de aquel año; pero sólo cobra la renta a prorrata si la expiración se verifica cuando sólo se ha percibido una parte de los frutos del año. Si arrienda una casa, la renta del año en que expira el usufructo se divide entre el fructuario y el propietario a prorrata. (Comisión Editora. Caracas).

colono adquiere sobre los frutos. Hácelos suyos percibiéndolos; y contra el ladrón de los no percibidos tiene la acción de hurto, pero no la condición [1] furtiva.

Pasamos ahora a la tradición que es un modo de adquirir, por el cual el dominio de una cosa pasa de una persona a otra siendo entregada por la primera y aprehendida por la segunda. Es de dos especies, verdadera que se hace realmente de mano a mano, si la cosa es mueble, o entrando en ella si es una finca; y figurada que por más comodidad se hace, o entregando una señal de la cosa, v. gr. la llave de una casa, o mandando que el que a mi nombre tiene la cosa la entregue, o mostrando una cosa que está a la vista, o vendiendo o donando lo que está ya en poder de la persona a cuyo dominio se trasfiere.

La tradición natural y verdadera no es necesaria en tres casos: si el que entrega constituye y declara poseer a nombre del otro: si se sujeta la cosa a nuestra potestad y custodia, mostrándola el que la entrega, depositándola en poder nuestro, o poniendo nosotros un guarda; y en fin, si se entrega la escritura de venta.

Para que la tradición trasfiera el dominio es necesario en primer lugar que la cosa no esté poseída por otro. Si un fundo v. gr. se halla en manos de un poseedor de buena fe, y en ausencia de éste lo entrega su dueño a otra persona con ánimo de trasferir su dominio, no por eso se verifica la enajenación. El dominio puede sólo principiar por la posesión, aunque puede retenerse sin ella; y la posesión no se

[1] 1843 agrega: Por fruto de los ganados se entiende no sólo la cría, sino la leche, lana, pelo y cualquiera otra utilidad que produzcan; pero en los esclavos no se considera como fruto la cría, sino sólo el servicio, o lo que adquieran con los bienes del poseedor de buena fe o del fructuario: lo demás (excepto lo que el poseedor de buena fe adquiriese por su usucapión) pertenece al propietario.

El deber del fructuario es conservar el fundo en cuanto sea posible como lo ha recibido, reparando lo ruinoso, reponiendo los animales y árboles muertos, y empleando en todo la diligencia y cuidado de un buen padre de familia. Si tiene alguien el usufructo de un rebaño, debe sustituir los animales nuevos a los que mueren o se inutilizan, pero no se entiende por rebaño un número que no se expresa por una palabra colectiva, sino por las unidades que contiene v. gr. cien ovejas, cada una de las cuales constituye un usufructo distinto que se extingue por la muerte, ni es obligación completar el rebaño sino con los animales que él mismo produce. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

adquiere sino con el ánimo y el cuerpo a un tiempo, aunque para retenerla puede bastar el ánimo. Pero la mera detención de un tercero, no es un obstáculo para la trasmisión del dominio.

En segundo lugar debe hacerse la entrega [1] por alguna causa o título, aunque la causa no sea verdadera, como cuando se piensa pagar una deuda que no existe. Cuando uno entrega por una causa, y otro acepta por otra, se trasfiere el dominio si ambas causas son hábiles al efecto.

En tercer lugar el que enajena la cosa debe tener facultad para hacerlo; y finalmente la causa o título debe ser lícito, y traslaticio de dominio. No [2] sería título lícito [3], por ejemplo, la donación entre marido y mujer.

Solamente son susceptibles de tradición las cosas corporales. En las incorporales hace veces de tradición la tolerancia del dueño y de aprehensión o posesión el uso.

La venta tiene de singular que en ella no bastaría la tradición, si no se pagase antes el precio, o no se asegurase su pago por medio de fianza o prenda, o a lo menos por la promesa del comprador, contentándose el vendedor con ella, lo cual no se presume, si no lo dan a conocer las circunstancias.

TÍTULO 2º

De las cosas corporales e incorporales

Otra división de las cosas es en corporales e incorporales. Dase el primero título a las cosas que pueden ser tocadas: el segundo a las otras, a cuya clase pertenecen las que consisten en meros derechos como la herencia, el usufructo y las obligaciones. El dinero en cuanto a su materia es corporal, y en cuanto al valor representado por él, no lo es.

[1] 1843 intercala: con voluntad del dueño, lo cual supone que tiene la cosa por suya, y que la entrega (COMISIÓN EDITORA, CARACAS).

[2] 1843 intercala: lo (COMISIÓN EDITORA, CARACAS).

[3] 1843 no figura: título lícito (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

Como las cosas incorporales no pueden tocarse, tampoco pueden propiamente entregarse, ni poseerse, ni constituir dominio; y sólo son susceptibles, según el lenguaje de los jurisconsultos, de cuasi-posesión, cuasi-tradición y cuasi-dominio, pero forman verdaderamente una parte del patrimonio.

Los bienes corporales o son muebles o inmuebles. Se llaman muebles los que pueden trasladarse de un lugar a otro sin quebranto, sea que por sí mismos se muevan, en cuyo caso se llaman semoventes [1], o con [2] una fuerza exterior los ponga en movimiento. Bienes inmuebles o raíces por el contrario son aquellos que sin destrucción o quebranto no pueden trasladarse de un lugar a otro como los solares y casas: y los que constituyen una parte de los bienes inmuebles o están fijos en un lugar determinado para emplearse en un uso perpetuo.

TÍTULO 3º

De las servidumbres de los predios

Dig. Lib. 8º, tít. 1º y 2º — Cód. Lib. 3º, tít. 34 (1)

Se llama servidumbre el derecho constituido sobre una cosa ajena, por el cual es obligado el dueño a sufrir o no hacer algo en ella, para que de esto resulte beneficio a otra persona o cosa. Si es a beneficio de otra cosa, esto es, de otro predio, la servidumbre se llama real o predial; si de otra persona, personal. A esta segunda especie pertenece el usufructo, el uso y la habitación [3].

Los predios o son destinados meramente a la habitación, o lo son a algún uso industrial o económico: aquéllos se

(1) T. 31. P. 3.
[1] 1843 no aparece: en cuyo caso se llaman semoventes (COMISIÓN EDITORA, CARACAS).
[2] 1843 dice: que (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
[3] 1843 agrega: y las obras serviles (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

llaman urbanos y éstos rústicos, sin atender a si están situados en la ciudad o en el campo, ni a si son edificios o áreas. Las servidumbres reales se dicen urbanas o rústicas con relación al predio dominante.

Los axiomas que siguen son relativos a todo género de servidumbre. Toda servidumbre tiene lugar en una cosa ajena y consiste en un servicio de omisión o tolerancia, pero nunca de acción. Generalmente se exceptúa de esta regla la servidumbre *oneris ferendi,* que se llama por eso anómala. Las servidumbres son indivisibles; lo cual no obsta a que puedan modificarse o limitarse. La causa de la servidumbre debe ser perpetua.

Las servidumbres pueden ser constituidas por pactos o estipulaciones; por últimas voluntades; por prescripción de diez años entre presentes y veinte entre ausentes; por sentencia de juez en los juicios de *communi dividundo et familiae erciscundae.* Puede imponerlas no sólo el que tiene dominio pleno sino el superficiario y el enfiteuta. Los que poseen un predio en común y pro indiviso no pueden constituirla, si no concurren todos a un tiempo. La cuasi-usucapión de las servidumbres es de dos modos: el primero es semejante a la de las cosas corporales; el segundo consiste en el uso durante el tiempo prefinido por la ley sin ningún título precedente, con tal que no sea ni por fuerza, ni oculto, ni a título precario. Finalmente observaremos que en las servidumbres afirmativas el derecho *in re* no nace inmediatamente del pacto sino de la cuasi-tradición.

La constitución de las servidumbres es la que determina si todo el predio está sujeto a ella, o solamente una parte. Si se ha cedido simplemente, el dueño del predio dominante podrá establecerla como quiera; pero abierto por una parte el camino, el acueducto, etc., las otras partes del predio servil quedan libres. Y si el predio dominante se divide, todas las porciones tienen derecho a la servidumbre, a no ser que se haya estipulado lo contrario.

A la servidumbre constituida son inherentes por naturaleza todas aquellas cosas sin las cuales no pudiera existir. Toda servidumbre contiene también el derecho de refaccionar el lugar y adaptarlo a ella. Para la protección de nuestros derechos en materia de servidumbres hay dos acciones *in rem*, la confesoria y la negatoria; por medio de las cuales vindicamos respectivamente la servidumbre o la libertad con los frutos de una y otra, y fianza para lo venidero.

Las servidumbres terminan: por la expiración del derecho de su autor: por verificarse la condición o llegar el día prefijado en su constitución; por la consolidación de los predios; por remisión del dueño del predio dominante; y por el no uso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, cuyo número se aumenta a proporción si la servidumbre se ha constituido en períodos alternativos iguales o desiguales. En las servidumbres urbanas se exige otra circunstancia más, la usucapión de la libertad.

Las principales servidumbres rústicas son las que se llaman senda, carrera, camino y acueducto.

La senda es el derecho de ir o andar el hombre, no de llevar bestias de carga, ganados ni carros. Comprende el ir a caballo, en litera o silla de manos. La carrera es el derecho de guiar ganados y carros; y naturalmente comprende la senda, a menos que se constituya lo contrario. El camino es el derecho de ir, andar y guiar ganados y carros, y en esto se diferencia de la carrera. El acueducto es el derecho de conducir el agua en canal o acequia por el fundo vecino. Si el agua pertenece al público, se requiere regularmente el permiso del príncipe para hacer en ella una toma. Si pertenece a un particular no se puede conceder la servidumbre sin el consentimiento de todos aquellos a quienes está de antemano constituida; ni se puede llevar por un fundo intermedio, que por su parte no esté sujeto a esta servidumbre; ni es lícito al dueño del predio dominante suministrar el agua a otro, si no se le ha concedido esta facultad expresamente. Hay otras varias servidumbres rústicas, v. gr., la de ir a buscar

agua, a abrevar los ganados, a apacentarlos, a hacer cal, cortar leña, etc.

Las principales servidumbres urbanas son éstas: *oneris ferendi*, sostener el peso del edificio vecino, la cual no supone forzosamente que el estribo o columna en que se apoya se ha de mantener a costa del dueño del predio servil, si no ha intervenido pacto expreso: *tigni immitendi*, la de meter vigas en la pared del vecino; *projiciendi*, la de hacer en nuestra pared una obra exterior que mire sobre el solar del vecino sin descansar en él, v. gr., un balcón o alero; *stillicidii recipiendi*, la de recibir el agua de la casa vecina, que es la misma servidumbre que, con relación al predio dominante, se llama *stillicidii avertendi; stillicidii non avertendi*, la de no dirigir las goteras de nuestro tejado al solar vecino, donde por derecho común puede hacerse: *fluminis avertendi*, y *fluminis non avertendi*, la misma servidumbre respecto de las aguas lluvias recogidas en cloacas o acequias; *altius tollendi*, la de levantar las paredes más alto de lo que es costumbre, aunque incomode al vecino; *altius non tollendi*, la de prohibir al vecino que levante sus paredes a más de cierta altura, etc.

TÍTULO 4º

Del usufructo

Dig. Lib. 7º, tít. 1º — Cód. Lib. 3º, tít. 33 (m)

El usufructo es el derecho de usar y disfrutar las cosas ajenas, conservando la sustancia de ellas. Se constituye de varios modos: 1º por la ley en tres casos: a favor del padre en los bienes adventicios del hijo que tiene bajo su potestad, y en este caso no se exige fianza ni cuenta; a favor del padre emancipador en la mitad de los bienes adventicios del hijo

(m) T. 31. P. 3.

emancipado; y a favor de la madre que, sobreviviendo hijos del anterior matrimonio, pasa a segundas nupcias, en los bienes que debe a la pura liberalidad del primer marido, o que ha adquirido por la sucesión *ab intestato* de los hijos de éste; todo lo cual se aplica al padre en igualdad de circunstancias.

2º Por sentencia de juez en los juicios de *communi dividundo* y *familiae erciscundae*. 3º Por testamento o pacto del dueño de la cosa fructuaria. Pero debe notarse que si por el testamento se lega el usufructo a una persona y el fundo a otra, sin expresar que se deduce de este segundo legado el usufructo, concurren ambas personas en éste: que los pactos han de ser idóneos para trasferir el dominio, y seguidos de cuasi tradición, y que puede constituirse el usufructo a condición y día, en todo o parte de la cosa, pro diviso y pro indiviso. Y 4º por usucapión.

Las cosas fungibles no admiten usufructo, ni naturalmente, pues se consumen por el uso, ni civilmente por razón de la fianza que es obligado a prestar el fructuario de restituir la cosa. Establecióse sin embargo por un senado-consulto de los primeros tiempos del imperio que se pudiese constituir en ellas un cuasi-usufructo, mediante la fianza de restituir igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad o su valor, terminado que fuese el usufructo por muerte o diminución de cabeza.

Se confieren con el usufructo la posesión natural de la cosa fructuaria y las servidumbres, sin las cuales no pudiera usarse ni disfrutarse. El usufructo de una casa o hacienda se entiende de todas sus partes, aun de las que no existían al tiempo de constituirse: de los utensilios y máquinas de la cosa fructuaria, y de los animales bravíos a que se da alimento y albergue en ella, y si el padre de familia acostumbraba a proveerse de leña u otros materiales en un campo vecino a beneficio del fundo, compete igual facultad al fructuario; pero no le es permitido venderlos.

Usar de una cosa es hacerla servir a nuestros menesteres

y comodidades en cuanto ha sido apropiada a ellos por la naturaleza o por la voluntad de su dueño. Los frutos abrazan todas las utilidades y emolumentos que nacen de la cosa, o provienen con ocasión de ella. Los naturales tanto espontáneos como industriales pertenecen al fructuario, excepto los partos de las siervas, los árboles de jardín o de parque y la arboleda que no es de corte, de la cual se puede tomar solamente lo necesario para la viña y los reparos de la casa de campo. Los árboles que se secan pertenecen al fructuario; los que son derribados por una tempestad al propietario; aunque de éstos pueden también tomar lo que necesiten para su uso y el de la casa de campo, y no más.

[1] Por fruto de los ganados se entiende no sólo la cría, sino la leche, lana, pelo y cualquiera otra utilidad que produzcan; pero en los esclavos no se considera como fruto la cría, sino sólo el servicio, o lo que adquieran con los bienes del poseedor de buena fe o del fructuario; lo demás (excepto lo que el poseedor de buena fe adquiriese por su usucapión) pertenece al propietario.

[2] El deber del fructuario es conservar el fundo en cuanto sea posible como lo ha recibido, reparando lo ruinoso, reponiendo los animales y árboles muertos, y empleando en todo la diligencia y cuidado de un buen padre de familia. Si tiene alguien el usufructo de un rebaño, debe sustituir los animales nuevos a los que mueren o se inutilizan, pero no se entiende por rebaño un número que no se expresa por una palabra colectiva, sino por las unidades que contiene, v. gr., cien ovejas, cada una de las cuales constituye un usufructo distinto que se extingue por la muerte, ni es obligación completar el rebaño sino con los animales que el mismo produce.

Los frutos civiles son de tres especies: las obras serviles y lo que se da a los siervos por consideración al fructuario; los emolumentos de las acciones que se intentan a nombre de la cosa fructuaria; y los de la venta o arriendo de ella;

[1] 1843 no figura en esta edición. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
[2] 1843 no figura en esta edición (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

pues el fructuario tiene facultad de venderla, arrendarla, donarla y empeñarla.

Para que perciba el fructuario los frutos naturales no basta que se separen de cualquier modo de la sustancia que los produce, sino que debe percibirlos él mismo. Los civiles se perciben *ipso jure.*

Los remedios para la conservación de sus derechos son éstos: la acción *in rem* confesoria contra el propietario o cualquiera otra persona que le retenga o embarace el usufructo; el *interdicto unde vi,* si ha sido despojado de él; el *interdicto quod vi aut clam,* contra el que ha edificado o hecho cualquiera otra obra en el fundo sin su consentimiento; la denunciación de obra nueva a nombre de la propiedad contra el que emprenda cualquiera obra de que pueda resultarle perjuicio; y la estipulación *damni infecti* a su propio nombre, contra el vecino cuya casa ruinosa amenace algún daño al fundo.

De estos remedios el más importante y general es la acción confesoria, que compete al fructuario ya posea o no, lo cual es propio de las servidumbres y contrario al carácter general de las acciones *in rem.* Se da contra cualquiera poseedor o turbador del usufructo. El oficio del juez en ella es declarar el derecho del fructuario y condenar al reo si hay lugar a ello; y esta condenación abraza además de la restitución de la cosa o el desistimiento de todo género de violencia, la indemnización de los perjuicios causados, y no solamente los frutos percibidos por el detentador desde la contestación de la litis, sino todos aquellos que dejó de percibir pudiendo.

Por lo que toca a la fianza, todos están obligados a prestarla, en tanto grado que el testador no puede dispensar de ella, aunque sí puede el heredero; pero con facultad de exigirla de nuevo, si hay motivo. Exceptúase el padre en el usufructo de los adventicios, y aquel a quien el usufructo se ha legado puramente, debiendo recaer en él la propiedad al cabo de cierto tiempo. Siendo muchos los fructuarios,

están todos obligados a prestar fianza. A la fianza puede sustituirse la caución juratoria, si el fructuario no halla fiador por su pobreza; y dado caso que el propietario no se conforme con ella puede conservar la posesión del fundo o ponerlo en manos de un administrador a satisfacción del fructuario. Préstase la fianza a la persona a quien, terminado el usufructo, debe volver la posesión y en todo caso al cofructuario si lo hay. La fianza abraza dos cosas, el uso legítimo de la cosa fructuaria y su restitución indemnizando todas las pérdidas y deterioros que haya sufrido el fundo por culpa del fructuario.

[1] Termina el usufructo por los mismos modos que las otras servidumbres, y además por la muerte y diminución de cabeza máxima o media del fructuario; pero debe notarse que en el siervo se espera la muerte del dueño, y en el hijo de familia, la del hijo y la del padre; y por destrucción o trasformación de la cosa o por captura bélica.

[2] En el caso de la consolidación debe advertirse que el fructuario sólo puede ceder su derecho al propietario; la cesión a un extraño sería nula, según unos; o le haría perder su derecho, como opinan otros.

[3] En el caso de muerte hay que notar que si fallece el usufructuario sólo pasan a sus herederos los frutos percibidos, quedándoles en cuanto a los otros la excepción *doli mali* para que se le paguen o abonen los gastos de cosecha, porque no se entienden por frutos, sino lo que sobra deducidos estos gastos. Y recíprocamente le pertenecen todos los frutos percibidos desde que empieza el usufructo, aunque hayan sido producidos por industria ajena.

[4] Si el fructuario ha dado el fundo en arrendamiento, sus herederos hacen suya toda la renta o pensión del año en

[1], [2], [3] y [4] no aparecen en 1843; en cambio el texto es el siguiente:

Termina el usufructo: 1º por la expiración del derecho de su autor, v. gr. si legado el usufructo condicionalmente, el heredero lo hubiese constituido a favor de otra persona y se verificase la condición; 2º por llegar el día o existir la condición con que se constituyó; 3º por la muerte, diminución de cabeza máxima o media, o no uso del fructuario; pero debe notarse que en el siervo se espera la muerte del dueño, y en el hijo de familia, la del hijo y la del padre; 4º por destrucción o transformación

que expira el usufructo, si la expiración se verifica después de la cosecha de aquel año; pero sólo cobran la renta a prorrata, si la expiración se verifica cuando sólo se ha percibido una parte de los frutos del año. Si el fundo es urbano la renta del año en que expira el usufructo se divide a prorrata entre el propietario y los herederos del fructuario.

El usufructo cuyo día no ha venido no se pierde por el no uso, ni por la diminución de cabeza. Lo mismo sucede en el usufructo repetido, que es el que se manda restituir si llegó a perderse, ya sea expresa la restitución o ya tácita; que es cuando se constituye por toda la vida o hasta cierta época determinada. Y se entiende también repetirse cuando se constituyó por años o épocas alternativas o consecutivas, como si fuesen entonces diferentes los usufructos.

Los cofructuarios tienen derecho de acrecer, y en él hay dos cosas notables: la primera es que adquirida y perdida una parte, acrece a los cofructuarios; y la segunda que goza del beneficio de este derecho el que no ha reconocido su parte, y el que después de reconocerla la ha perdido; todo lo cual es al contrario en la herencia.

Título 5º

Del uso y la habitación

Dig. Lib. 7º, tít. 8º - Cód. Lib. 3º, tít. 33 (n)

El uso es el derecho de usar las cosas ajenas conservando su sustancia. Usar es servirse de ellas para alguna comodidad o menester nuestro, que según su condición pueden prestarnos. Limítase el uso por el goce y consumo del usuario, a diferencia del usufructo que comprende todas las utilidades y emolumentos de la cosa. Por lo demás son comunes

de la cosa o por captura bélica; y 5º por consolidación, v. gr. si el fructuario cede su derecho al propietario: la cesión a un extraño sería nula. (Comisión Editora. Caracas).

(n) T. 13. P. 3.

al usuario y al fructuario las obligaciones de conservar la cosa y restituirla, por cuya causa suele también aquél prestar fianza.

El uso es inseparable del usufructo aun contra la voluntad del testador, de modo que si lega el uso [1] a una persona y el usufructo a otra, concurren ambas en el uso.

El usuario de un fundo tiene derecho, según su condición, a la parte que necesite de las frutas, verduras, flores, heno, paja y leña; pero no de los frutos industriales en general, si no es contribuyendo proporcionalmente a los gastos de cultura y cosecha. Le es lícito morar en el fundo, pero sin ocasionar molestia ni embarazo al dueño ni a los colonos. El usuario de una casa tiene derecho de habitarla, de alojar en ella a su familia, libertos y clientes, y de recibir a sus huéspedes; pero no se le permite alquilarla sino lo que de ella le sobre, habitándola él mismo. El usuario de ganados tiene parte en la leche, lana y demás productos, pero no en la cría. El usuario de siervos puede servirse de su trabajo; pero no le es lícito proporcionar esta comodidad a otro; y lo mismo se aplica al uso de las bestias de carga. Por punto general no es permitido al usuario arrendar ni trasferir a otro su derecho bajo título alguno, si expresa o tácitamente no se le ha conferido esta facultad; y al tiempo de su muerte, lo que sobra de los frutos que ha percibido no pasa a sus herederos.

Constitúyese el uso por testamento, por pactos y por usucapión. Se pierde por la muerte, por la máxima y media diminución de cabeza, por el no uso, por la consolidación, por la destrucción o trasformación de la cosa. No admite el derecho de acrecer, porque si se lega a dos o más personas el uso de una misma cosa, no se entiende haber en ellas comunidad, ni hay lugar al juicio de *communi dividundo* en un sentido propio; pues en tal caso o se transige entre los usuarios, dividiendo los tiempos, o concediendo al uno el uso total, se adjudica al otro su parte en dinero.

[1] 1843 dice: y si lega el uso. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

La tercera de las servidumbres personales es la habitación que es el derecho de habitar una casa ajena conservándola en ser. El que tiene este derecho sólo puede ejercerlo sobre la parte del edificio destinada a la habitación; pero se le concede el usufructo de ella, si así es que puede alquilarla. Constitúyese y piérdese del mismo modo que la servidumbre anterior, excepto que no se pierde por el no uso ni por la diminución de cabeza.

Título 6º

De las usucapiones y prescripciones de largo tiempo

Dig. Lib. 47, tít. 3º - Cód. Lib. 7º, tít. 31 y 33 (o)

Habiendo hablado de los modos de adquirir naturales, pasamos ahora a tratar de los civiles, los cuales o son universales o singulares. Modos de adquirir universales se llaman aquéllos por cuyo medio se nos trasfieren todos los derechos y obligaciones de otros como son la adquisición de la herencia, la posesión de bienes, la adquisición de los bienes para conservar la libertad, la adquisición por arrogación, por almoneda o cesión de bienes y por el senado-consulto Claudiano. Los singulares son aquéllos por cuyo medio adquirimos el dominio de una cosa en particular, es a saber, la usucapión, la donación, el legado y el fideicomiso singular.

La usucapión según Ulpiano, es la adquisición de dominio por una posesión continuada durante el tiempo prescripto por la ley. La que se llamaba prescripción de largo tiempo era una excepción por la cual el que había poseído por largo tiempo una cosa ajena rechazaba la demanda del dueño de ella. La primera daba el dominio quiritario, la segunda el bonitario solo; aquélla tenía lugar en los predios itálicos y en todas las cosas muebles; ésta en los predios provinciales y en las cosas incorporales. Diferenciábanse también en el tiempo, exigiendo la una un año para las cosas muebles y

(o) T. 29. P. 3. - T. 8. L. 11. Nov. R.

dos para las inmuebles, al paso que en la otra eran necesarios diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Justiniano hizo de ellas una sola, disponiendo que en todo el imperio romano la usucapión de las cosas muebles fuese de tres años, y la de las cosas inmuebles fuese de diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

La usucapión exige primeramente la posesión. Posee el que con ánimo de señor retiene una cosa corporal comerciable y no ocupada por ningún otro poseedor, aun de aquellos que estando ausentes retienen la posesión con el ánimo. La posesión es de dos maneras, civil o legítima y natural o ilegítima, aunque también se da a la mera detención el título de posesión natural.

Adquiérese la posesión por el alma y el cuerpo a un tiempo. Por el alma mediante la voluntad de poseer, la que no puede verificarse sin el uso de la razón, ni sobre una cosa indeterminada; por el cuerpo, ya mediante la aprehensión corporal, necesaria en las cosas que nos son entregadas por otro, ya mediante algún acto que haga veces de aprehensión, ya mediante la entrega de un documento escrito. Los actos que hacen veces de aprehensión se reducen a recibir con la vista una cosa presente o a recibir la llave de ella junto al lugar en que esté encerrada, o a poner un guarda a las cosas que no pueden fácilmente moverse, o a que se dejen por orden nuestra en un lugar que nos pertenece. No podemos adquirir la posesión con el ánimo ajeno, pero sí con el cuerpo ajeno, ya sea de aquel que recibiendo la cosa quiere poseerla a nombre nuestro (en cuyo caso es necesario que concurran el alma y el cuerpo del que la recibe, y además nuestra voluntad) ya del mismo que nos trasfiere la cosa, si declara poseerla para lo sucesivo a nombre nuestro.

Se pierde la posesión o contra la voluntad del poseedor o con ella. Contra la voluntad del poseedor, si la cosa es eximida del comercio humano o se trasfiere a otra especie, si el poseedor pasa a ser poseído por otro, o si cesa la potestad actual, de manera que no podamos ya aprehender la cosa

aunque queramos. Mas por lo tocante a este último punto hay diferencia entre las cosas muebles y las inmuebles. Perdemos la posesión de éstas de tres modos: por inundación de mar o río aun sin noticia nuestra; por despojo violento, si lo sabemos y no determinamos volver al fundo, o si habiéndolo determinado desistimos por temor; y por decreto de magistrado, en cuyo caso tampoco es necesario nuestro conocimiento. Perdemos la posesión de las cosas muebles por robo, por hurto, por pérdida fortuita, por apresamiento de enemigos, o por fuga de la cosa semovente; la cual no se aplica al siervo fugitivo, sino cuando es poseído por otro, o se porta como persona libre.

Se pierde la posesión por voluntad nuestra manifestada expresamente o con hechos, sea que nos deshagamos de la cosa enajenándola, o que declaremos poseerla en nombre ajeno.

Del modo que perdemos la posesión por nosotros mismos, la perdemos también por aquellos que la tienen a nuestro nombre, ya sean, v. gr., expelidos del fundo, o lo entreguen voluntariamente, o muertos ellos lo ocupen otros. Si abandonan sin méritos la posesión o dolosamente la trasfieren a otro, la retiene siempre el dueño.

Para la usucapión no basta que haya posesión, es menester que sea justa o legítima; para lo cual son necesarias tres cosas: La primera es causa justa, esto es, título idóneo para trasferir la propiedad, ya sea privado como los de compra o cambio, ya público, v. gr., la adjudicación de juez en los juicios divisorios, o el decreto de magistrado; ya solamente nuestro, como la ocupación, que es el título llamado *pro suo*. No basta que la causa nos parezca justa, porque es menester que lo sea realmente; pero se tolera la ignorancia de un hecho ajeno, y aun hay casos en que puede ser tolerable un error en un hecho nuestro.

La segunda causa necesaria para la legitimidad de la posesión es la buena fe del que la adquiere, la cual consiste en la persuasión de que hemos hecho nuestra la cosa por haberla

trasferido el que tenía facultad para enajenarla, y recibídola el que podía legítimamente adquirir. Esta opinión debe también estar exenta de todo error relativo al derecho. Pero sólo se exige la buena fe al obtener la posesión, porque la mala fe superviniente no daña cuando ha sido buena al principio, entendiendo por principio no el contrato sino la tradición, excepto en la compra donde es necesaria la buena fe en ambas épocas.

Lo tercero, que se necesita para la legitimidad de la posesión es la voluntad del que la trasfiere, o de una persona que pueda hacerlo a su nombre.

4º Tampoco basta que la posesión sea legítima, porque debe ser continua. La interrupción puede ser natural o civil. La natural es cuando perdemos la posesión verdaderamente de grado o por fuerza. La civil es la contestación de la litis. Verificada la primera, si se recobra la posesión, empieza otra vez el tiempo, y se exige la buena fe en el principio. Por lo tocante a la segunda, la usucapión completada durante el juicio no aprovecha, a menos que sobrevenga sentencia absolutoria.

Ya hemos dicho el tiempo que debe durar la posesión y sólo notaremos que la posesión ajena aprovecha al sucesor y se añade a la suya, según las reglas siguientes: 1º al sucesor singular, v. gr., al comprador o donatario aprovecha la posesión de su antecesor si ambos han poseído de buena fe, pero la posesión viciosa de éste ni le aprovecha ni le daña; 2º el sucesor universal aún estando de buena fe sucede al vicio del difunto, de manera que ni aún puede dar principio a la usucapión; pero la buena posesión del difunto aprovecha al heredero aun cuando sea viciosa la suya, y le aprovecha asimismo la de la herencia yacente que representa la persona del difunto; 3º la posesión ajena intermedia entre la del actor y la del sucesor interrumpe en todos casos la usucapión.

Además de todos estos requisitos pertenecientes a la persona del poseedor, hay otros relativos a la cosa poseída. No admiten usucapión por su naturaleza las cosas que no

son comerciables, v. gr., el hombre libre, las cosas sagradas, religiosas y santas, las comunes, las públicas de nación o ciudad, y las incorporales, aunque éstas ya se ha dicho, son susceptibles de cuasi-usucapión. Tampoco la admiten aquellas cuya usucapión prohibe la ley, ya tácitamente prohibiendo su enajenación, es a saber, los bienes de pupilos y menores y los fundos dotales; ya expresamente, como los bienes del fisco y del príncipe, de las ciudades, iglesias, hospitales y demás fundaciones piadosas, de los adventicios del hijo de familia, mientras está bajo la potestad paterna, de los que se dejan a personas miserables, y los que por testamento se han prohibido enajenar; en fin, lo que se da al presidente contra la ley Julia: las cosas furtivas y las poseídas por fuerza, mientras no vuelven a poder de su dueño, entre las cuales se cuenta el siervo fugitivo. Mas es de notar que la palabra hurto se extiende a la enajenación de cosa ajena conocida por tal, siempre que el enajenador no se halle en condición de usucapirla; que el hurto supone siempre el ánimo de cometerlo, y así no lo hay, v. gr., en el fructuario que vende los partos de las siervas, creyéndolos comprendidos en los frutos; que como no hay hurto de bienes inmuebles, la posesión de éstos adquirida de mala fe pero sin violencia y trasferida a otro no estorba la usucapión; que para purgar el vicio, la cosa poseída por fuerza debe volver a la potestad del despojado, la cosa dada contra la ley Julia pasar a manos del donante o de su heredero y la cosa furtiva al poder de su verdadero dueño; y que se purga también el vicio satisfaciendo el valor de la cosa.

Los bienes vacantes o caducos mientras no son denunciados al fisco pueden usucapirse por el comprador de buena fe. Las ventas y donaciones del fisco y del emperador hacen inmediatamente seguros a los compradores y donatarios; pero pueden repetir contra el fisco los dueños o los acreedores pignoraticios en el espacio de cuatro años, pasados los cuales prescribe su derecho.

Además de la usucapión o prescripción de largo tiempo,

hay la de larguísimo tiempo, que puede ser de treinta, cuarenta o cien años. Por la de treinta años se prescriben[1] las cosas que el antecesor no pudo usucapir por el vicio de ellas, la mala fe o falta de título, como son las cosas furtivas o poseídas por fuerza, los bienes de menores y los adventicios de los hijos de familia. Por la de cuarenta años prescriben los bienes fiscales, los patrimoniales del príncipe, los inmuebles de las iglesias y ciudades, los legados a personas miserables, las acciones juzgadas y los derechos de hipoteca, cuando el deudor mismo o su heredero poseen la cosa hipotecada; porque siendo el poseedor un tercero, gozará de la prescripción ordinaria si está de buena fe, y de la de treinta años si de mala.

La edad de los impúberes no sólo es un obstáculo para que empiece a correr la prescripción, sino que interrumpe su curso. En fin el efecto de las prescripciones de larguísimo tiempo no es el mismo que el de la usucapión, pues por medio de aquéllas el que pierde la posesión no tiene acción alguna contra el antiguo dueño, a no ser que haya poseído la buena fe desde el principio; pero contra los demás le compete la acción útil *in rem*, si ha poseído de buena fe o ha sido violentamente despojado. Poseyendo goza de excepción contra todos.

La prescripción de cien años es un privilegio de la iglesia romana.

Título 7º

De las donaciones

Dig. Lib. 39, tít. 5º y 6º - Cód. Lib. 8º, tít. 54 y 57. Nov. 162 (p)

Se trata en este título de tres especies de donaciones: la donación *mortis causa*, *inter vivos* y *propter nupcias*.

La donación *inter vivos* es la sola que merece propiamente

[1] 1843 agrega: además de las acciones personales e *in rem* (Comisión Editora. Caracas).

(p) T. 4º. P. 5. y T. 7º. L. 10. Nov. R.

el nombre de tal: las otras dos pertenecen a las donaciones impropias que se hacen con cierta condición, causa o modo, y entre las cuales tiene también lugar la donación remuneratoria.

La donación *mortis causa* es la que se hace por temor o peligro de morir, para que, si se verifica la muerte, sea del donatario la cosa donada; y si el donante sobrevive al donatario, o sale del peligro o se arrepiente, la recobra. El peligro puede ser más o menos remoto y no sólo del donante sino de otra persona, v. gr., uno de sus hijos o hermanos. La donación que se hace para que tenga lugar después de la muerte, no debe confundirse con la donación *mortis causa*, por lo que no es aplicable a ella la ley Falcidia.

La donación *mortis causa* o trasfiere la propiedad inmediatamente, o sólo para después de la muerte. En el primer caso para obtener la restitución tiene el donante la condición *ex lege*, y la acción útil *in rem* contra cualquiera poseedor, y si ha muerto el donatario, o si el donante ha salido del peligro que motivó la donación, tiene éste asimismo la acción directa *in rem*. En el segundo caso hay siempre lugar a esta última.

La donación *mortis causa* tiene con el legado estas semejanzas: primera, que son en ella necesarios cinco testigos para la solemnidad del acto; 2ª que es revocable por la mera voluntad del donante; 3ª que su dominio pasa al donatario *ipso jure* por la muerte del donante; pero antes de ésta es necesaria para ello la tradición; 4ª que puede sustituirse al donatario; 5ª que está sujeta a la ley Falcidia; 6ª que admite el derecho de acrecer; 7ª que uno de los cónyuges puede donar *mortis causa* al otro; y 8ª que no es necesaria en ella la insinuación. Sus diferencias respecto del legado son éstas: 1ª que puede constituirse irrevocable, bien que en tal caso es una verdadera donación *inter vivos;* 2ª que no pende de la adición de la herencia; 3ª que constituida por pensiones anuales se considera una sola, y pasa íntegramente a los herederos; 4ª que para calificar la facultad de recibir no se

atiende juntamente al tiempo de la donación y al de la muerte del donante, sino solamente al último; 5ª que la donación es un acto entre dos, y exige por consiguiente la noticia del donatario; bien que faltando ésta puede aquélla sostenerse a título de fideicomiso; y 6ª que el hijo de familia puede donar *mortis causa* con permiso del padre.

La donación *inter vivos* es aquélla por la cual se trasfiere el dominio de una cosa inmediatamente o después de una época determinada. Para su perfección es necesaria la aceptación del donatario y la tradición del donante; pero basta el mero consentimiento para producir la obligación *ad rem,* lo cual sin embargo sólo se entiende de las donaciones de presente. La obligación producida por este pacto tiene estas diferencias con respecto al contrato de venta: el donante se obliga en cuanto puede y el vendedor *in solidum;* éste presta la evicción, y aquél no.

La donación que pasa del valor de quinientos sólidos es nula si no se insinúa; pero vale siempre en la parte que no excede a esta suma: exceptúanse las que se hace al príncipe o por el príncipe; la donación *propter nupcias,* o para redención de cautivos, o reparación de casas incendiadas o arruinadas; y las dádivas hechas a los soldados por sus jefes en premio de algún mérito insigne. Las donaciones que se hacen en diversos tiempos y a diversas personas no se suman por computarlas por una sola.

La donación *inter vivos* es revocable por el donante (no por sus herederos) en caso de ingratitud insigne, es a saber, si el donatario ha vertido atroces injurias contra el donante, si le ha maltratado corporalmente, si ha puesto acechanzas a su vida, o le ha irrogado un gran perjuicio en su hacienda. También es revocable la donación, si el donatario no ha cumplido las condiciones de ella; bien que este último caso no es propio de la donación absoluta, y puede hacerla revocable aún por los herederos. Según la opinión más fundada, la supernacencia de descendientes no hace revocable la donación, sino cuando el donante es patrono del donatario.

Antes de pasar a la donación *propter nupcias* trataremos de la dote con la cual tiene la mayor analogía. La dote es una donación hecha al marido a nombre de la mujer para sostener las cargas del matrimonio. Es profecticia o adventicia. Profecticia es la que da de sus bienes el padre o pariente paterno, o cualquiera otra persona a su nombre, o por consideración a él, aunque esté emancipada la hija. Adventicia es la que no procede del padre, sino de la hija o de cualquiera otra persona.

Divídese también la dote en necesaria y voluntaria. Necesaria es la que el padre es obligado a dar; y voluntaria la que da la madre o cualquiera otra persona a su arbitrio.

Asimismo se divide la dote en numerada, que es la efectivamente entregada: cauta, que es la que el marido con la esperanza de la entrega futura declara por instrumento haber recibido; y la meramente prometida.

Últimamente se divide la dote en avaluada y no avaluada. El dominio de una y otra pasa al marido, pero con diferentes obligaciones. La dote no avaluada debe restituirse como estuviese, salva la indemnización de lo que se hubiese perdido o desmejorado por dolo o culpa. De la dote avaluada, si el avalúo se ha hecho por manera de venta, sólo debe restituirse el valor, y los menoscabos o aumentos pertenecen al marido, aunque los haya causado la mujer; pero si el avalúo se ha hecho por manera de tasación, deben restituirse las cosas mismas, sirviendo sólo la indicación del precio para que por él se restituyan las cosas perdidas o desmejoradas por dolo o culpa. Si la dote es de cosas fungibles sólo se restituye su valor. Si en el avalúo hubiere habido lesión, aunque ésta no llegue a la mitad del justo precio, tanto a la mujer como al marido compete el beneficio de la rescisión.

La dote lleva siempre envuelta la condición de efectuarse las nupcias, y la obligación de restituirla disuelto el matrimonio.

El padre está obligado a dotar a la hija, y según la opinión más común, aunque esté emancipada y sea rica; pero

no a la hija natural y de malas costumbres. A la madre no incumbe esta obligación, sino por causa grave, que según el sentir de los jurisconsultos, es el ser pobre el padre y rica la madre, o no ser conocido el padre. El extraño que dota se presume donar, a menos que se exprese lo contrario.

La cantidad de la dote debe ser a proporción de las facultades del padre y la dignidad del marido. En lo demás pende del arbitrio del que la promete, de manera que la mujer puede dotar con todos sus bienes al marido, salvo el beneficio de la restitución *in integrum* si fuere menor.

El marido es dueño de la dote, aunque con obligación de restituirla. Por consiguiente hace suyos los frutos, pero no los extraordinarios, como el parto de las siervas o el tesoro, ni los percibidos antes del matrimonio, los cuales aumentan la dote. Por la dote prometida y no entregada, compete la acción *ex stipulatu,* por la no prometida la condición *ex lege,* por la cauta la excepción *non numeratae pecuniae* por un año si se disuelve el matrimonio dentro de dos años, y por tres meses si se disuelve el matrimonio dentro de diez años; no pudiendo oponerse después de este tiempo, a menos que el marido sea menor y solicite la restitución *in integrum.* El marido está sujeto a las mismas cargas que el fructuario y presta el dolo y la culpa.

Resta la donación *propter nupcias* que es la que por parte del marido se hace a la mujer o esposa para seguridad y remuneración de la dote, y las dádivas esponsalicias que pueden ser hechas por cualquiera de los dos esposos. Al principio las dádivas esponsalicias se miraban como donaciones puras y absolutas que no se revocaban ni aun por el hecho de no verificarse el matrimonio, a menos que se hubiesen hecho con esta precisa condición. Por constitución de Constantino se supuso siempre esta condición tácita, pero sin suspender la donación; y no verificado el matrimonio, si esto había sido por causa del donatario, el donante tenía la condición *causa data causa non secuta* para retener o exigir la restitución: si por muerte de uno de los esposos, la

donatriz tenía derecho a la restitución, hubiese o no intervenido el ósculo; y el donante solamente en el último caso podía repetir el dolo, y en el contrario la mitad.

Después se introdujo la donación *ante nupcias,* que se hacía solamente por el marido, y era semejante a la dote, en cuanto era necesaria la restitución, disuelto el matrimonio, y cuanto la cosa dada quedaba al donatario en todo o parte si el otro daba motivo al divorcio. Mas no confería dominio, sino un derecho especial de hipoteca para la seguridad de la dote.

La donación *ante nupcias* no podía disminuirse ni aumentarse durante el matrimonio. Justino dispuso que aumentada la dote después del matrimonio, pudiese también hacerse lo mismo con la donación *ante nupcias.* Y en fin Justiniano estableció que pudiese no sólo aumentarse sino constituirse durante el matrimonio, y que en este caso no excediese a la cantidad de la dote. Y como antes fuese libre o no hacer esta donación, y hacerla en el modo y cantidad que se quería, ordenó Justiniano que entre ella y la dote hubiese una igualdad exacta, y que por las mismas causas en que el marido lucraba el todo o parte de la dote, lucrase la mujer el todo o parte de la donación *ante nupcias,* llamada ya *propter nupcias,* cuyo incremento y decremento hubiesen de asemejarse en todo a la dote.

Título 8º

A quiénes es o no lícito enajenar

Por regla general sólo puede enajenar una cosa el que es dueño de ella; pero esta regla tiene dos excepciones: 1ª hay casos en que el dueño no puede enajenar; y 2ª hay otros en que el que no es dueño puede enajenar. Los de la primera excepción son éstos [1].

1º El marido no puede enajenar el fundo dotal, excepto el avaluado por manera de venta. Puede enajenar las cosas

[1] 1843 existe este otro texto: Hay casos en que el dueño de la cosa no tiene la facultad de enajenarla. (Comisión Editora. Caracas).

muebles estando solvente; pero no estándolo no puede hacerlo, porque esto sería defraudar a su mujer. Por la ley Julia se prohibía la enajenación del fundo dotal itálico sin el consentimiento de la mujer, y se vedaba obligarlo aun con este consentimiento. Justiniano extendió la prohibición a todo el imperio y a todos los casos.

De aquí se sigue que el marido no puede imponer servidumbre sobre el fundo dotal, ni remitir las que existen en su favor, ni perderlas por el no uso.

2º El pupilo tampoco puede enajenar lo suyo sin autoridad del tutor, y en el mismo caso se hallan los menores que están bajo curador, y aquellos a quienes por el interdicto pretorio se ha quitado la administración de sus bienes, y todos los que por defecto corporal o mental se hallan sujetos a curaduría [1].

Ni basta la autoridad del tutor para la enajenación de cualquiera cosa pupilar, porque sin decreto de magistrado le es prohibida la de todos los bienes raíces y la de los muebles que pueden conservarse guardándose; por lo que si el pupilo da dinero prestado sin autoridad del tutor, no trasfiere su dominio al que lo recibe, ni tendrá la condición *ex mutuo;* pero podrán vindicarse las especies. Consumidas éstas de buena fe, de manera que no existan o no sea posible reconocerlas, puede intentar la condición cuasi *ex mutuo,* y consumidas de mala fe, es decir, sabiendo el mutuario que era pupilo el que las entregaba, hay también la acción *ad exhibendum.*

Por el contrario puede darse al pupilo cualquiera cosa sin autoridad del tutor, con tal que de ello no le resulte obligación o carga alguna ni la extinción de obligaciones ajenas. Por lo que si un deudor le pagare sin autoridad del tutor, aunque trasfiera el dominio no queda libre de la deuda. Es lo mismo pagar al tutor que con autoridad de éste al pupilo; pero en el primer caso si se consume o emplea mala-

[1] 1843 agrega: El hijo de familia tampoco puede enajenar los bienes adventicios, cuyo usufructo es del padre. (Comisión Editora. Caracas).

INSTITUCIONES

DE

DERECHO ROMANO

TERCERA EDICION.



Santiago de Chile.

LIBRERÍA CENTRAL DE SERVAT I C.ª

ESQUINA HUÉRFANOS I AHUMADA.

— 1878 —

Facsímil de la portada de la edición de 1878, de las *Instituciones de Derecho Romano.* Aunque dice tercera edición, en realidad es la cuarta.

mente el dinero, puede el pupilo, no estando solvente el tutor, pedir la restitución *in integrum*, a menos que haya intervenido decreto de juez; todo lo cual se aplica al curador en su caso. Exceptúanse los réditos y pensiones anuales, los cuales no excediendo el tiempo de dos años o la suma de cien sólidos, pueden entregarse al tutor sin peligro alguno: si existiese el dinero o se hubiese utilizado con él el pupilo, y sin embargo demandase la suma total, podrá oponérsele la excepción *doli mali*.

Se obliga, pues, el pupilo en toda especie de negocios en cuanto haya aumentado por medio de ellos su patrimonio, entendiendo por aumento aún las expensas necesarias, que de otro modo lo hubieran cercenado.

Pero si el pupilo a quien se ha pagado sin autoridad del tutor o decreto de juez, no conserva el dinero ni se ha utilizado con él, sino que lo ha disipado o lo ha perdido por hurto o violencia, no compete al deudor la excepción *doli mali*.

Tampoco pueden los pupilos pagar sin autoridad del tutor: y si pagan, puede vindicarse el dinero; pero consumido éste, queda extinguida la deuda.

3º El hijo de familia no puede enajenar el peculio adventicio cuyo usufructo es del padre.

Los casos en que puede enajenar la cosa el que no es dueño de ella son éstos: 1º el tutor y curador enajenan los bienes del pupilo o adulto en los casos y del modo que se acaba de decir; 2º el padre puede enajenar los bienes adventicios del hijo; y 3º el acreedor enajena la prenda, cumplido el plazo. Para saber con qué requisitos debe hacerlo, se han de distinguir los tres casos siguientes: o se estipuló que pudiera enajenarla, o se estipuló que no la enajenara, o no se estipuló nada. En el primer caso puede enajenarla después de un requerimiento; en el segundo, después de tres requerimientos a arbitrio de juez; y en el tercero)[1], después de un

[1] 1843 existe el siguiente texto: Compete alguna vez la facultad de enajenar la cosa al que no es dueño de ella. El acreedor enajena la prenda cumplido el plazo con un solo requerimiento, si se ha pactado que pudiese venderla: si se ha pactado lo contrario, podrá sin embargo vender la prenda después de tres requerimientos a arbitrio del juez; y si nada se ha pactado (Comisión Editora. Caracas).

requerimiento y dos años de plazo. La venta debe ser siempre pública. No habiendo comprador a un precio tolerable, se repite el requerimiento, y el juez señala día al deudor para el pago; no verificado el cual, puede el acreedor impetrar el dominio de la prenda quedando al deudor la facultad de redimirla dentro de dos años. El pacto comisorio es ilícito en el contrato de prenda.

TÍTULO 9º

Por qué personas se adquiere

Cód. Lib. 4º, tít. 27

Adquirimos no solamente por nosotros mismos sino también por nuestras cosas y de consiguiente por nuestros siervos: la propiedad aun sin nuestra noticia y consentimiento; pero la posesión, no siendo de cosas relativas al peculio, sabiéndolo y consintiéndolo nosotros, y la herencia mandándolo. Siendo muchos los amos, cada uno de ellos adquiere a prorrata de su dominio sobre el siervo, menos en los casos en que éste haya estipulado para uno solo. Podemos asimismo usucapir por medio de nuestros siervos.

Sin embargo de que no tenemos dominio sobre los siervos fructuales, ni sobre los siervos ajenos o los hombres libres poseídos de buena fe, ganamos con todo el señorío de lo que ellos adquieren por su trabajo, o por medio de nuestras cosas, o por consideración a nosotros. Todo lo demás pertenece al propietario.

Adquirimos también por medio de los hijos de familia que están bajo nuestra potestad. Este derecho de los padres fue considerablemente disminuido por la distinción de peculios. El peculio castrense, cuyo origen como el del testamento militar sube al primer siglo del imperio, comprende todas las cosas que el hijo de familia ha adquirido con

ocasión de la milicia. El cuasi-castrense abraza los frutos adquiridos en la milicia togada, esto es, en la profesión de los estudios y artes liberales, en lo que se incluyen las donaciones del príncipe y los emolumentos de los empleados civiles. En el peculio profecticio se contiene todo lo que procede del padre, o se ha trasferido al hijo con ocasión del padre o por respeto a él. En fin, el peculio adventicio, introducido gradualmente por varios emperadores desde Constantino, es la suma de todos los bienes adquiridos por otras vías, v. gr., por liberalidad de la madre o de un extraño, por trabajo propio o por dádiva de la fortuna. Veamos ahora sus diferencias en cuanto a la propiedad y al usufructo.

En los dos primeros tiene el hijo todos los derechos de verdadero dueño; el tercero es todo del padre, y el hijo sólo tiene en él la administración; en el cuarto por disposición general de Justiniano la propiedad es del hijo y el usufructo es del padre.

Debemos notar: primero, que el peculio profecticio sigue siempre al hijo emancipado, si no se le ha quitado expresamente, y que confiscados los bienes del padre, lo retiene siempre el hijo; segundo, que en lugar del tercio de los bienes adventicios, que las leyes daban al padre emancipador, Justiniano le concedió la mitad del usufructo de dichos bienes, conservando al hijo la propiedad de todos ellos; tercero que el usufructo legado al hijo es del padre, y por muerte de éste se trasfiere su derecho al hijo; y cuarto, que el hijo tiene el dominio pleno de las cosas que se le han dado o legado con esa condición, el de la herencia del hermano a la cual es llamado junto con su padre, el de las cosas que pasan al hijo por el delito que comete el padre divorciándose sin motivo legítimo, y finalmente el de las cosas pertenecientes al hijo que el padre ha malversado. Estos bienes forman el peculio adventicio que los jurisconsultos llaman pleno, irregular o extraordinario.

No podemos adquirir por medio de otras personas que las enunciadas el dominio de cosa ajena ni otro derecho *in re*,

ni hablando generalmente las obligaciones o acciones de cualquiera especie; pero podemos adquirir aun sin nuestro conocimiento, la posesión de una cosa por ministerio ajeno, v. gr., de un procurador en los negocios que le hemos encomendado; y mediante la posesión podemos también ganar el dominio, ya inmediatamente, ya por usucapión, la cual sin embargo no principia sino con el conocimiento del poseedor.

TÍTULO 10

Del modo de hacer los testamentos

Dig. Lib. 28, tít. 1º - Cód. Lib. 6º, tít. 23. Novel. 66 y 119, Cap. 9 (q)

La herencia es propiamente el patrimonio de una persona difunta con sus cargas, o colección de todos los derechos que competen al difunto y contra el difunto al tiempo de su muerte. Tómase también por el derecho de suceder al difunto y en este sentido es testamentaria *ab intestato,* llamada también legítima. La delación o trasmisión de la herencia es un título: la aceptación es un modo de adquirir.

Toda sucesión en el antiguo derecho romano era legítima, y el orden establecido por las leyes podía sólo alterarse por una ley nueva, cuando en los comicios calados se rogaba al pueblo que heredase una persona a otra de la misma manera que si fuese su hijo o heredero próximo. Tal fue el testamento en comicios calados, el más antiguo que los romanos conocieron y por el que se dijo que el testamento era de derecho público.

Estableciőse después por las leyes de las Doce Tablas: que como cada padre de familia dispusiese de su hacienda y de la tutela de su cosa, así fuese derecho; y para conciliar esta nueva disposición con el antiguo principio, se hizo el testamento por una especie de enajenación *inter vivos;* y siendo la herencia *res mancipii,* se trasfería por mancipa-

(q) T. 1. P. 6. y T. 18. Lib. 10. Nov. R.

ción a presencia de cinco testigos, el *antestato* y el *libripende*. De aquí el testamento *per oes et libram*. Hubo asimismo en lo antiguo el testamento llamado *in procinctu*, que era el que hacían los soldados antes de salir a batalla.

Los pretores que alteraron en varias cosas el derecho antiguo consultando la equidad, introdujeron después el dar la posesión de los bienes *secundum tabulas*, esto es, según la escritura del testamento, con tal que estuviese sellado por siete testigos.

Finalmente por el uso y las constituciones imperiales se estableció más adelante un nuevo modo de testar que fue como una combinación de los antiguos, y es del que vamos a tratar.

El testamento es la declaración legítima de nuestra voluntad acerca de lo que queremos se haga después de nuestros días, o según Vinnio, para distinguirlo del codicilo, la última declaración solemne de nuestra voluntad, nombrando heredero de nuestros bienes. De estas definiciones que sólo convienen a los testamentos ordinarios o de derecho común, se sigue que puede ser escrito o no escrito, el cual se llama testamento nuncupativo: que nadie puede morir parte testado y parte intestado, ni con dos o más testamentos; que nada nos prohibe mudar nuestra voluntad cuantas veces nos pareciere conveniente, de modo que un testamento puede ser siempre revocado por otro; que el testador debe estar en sano juicio; y que es necesario observar en el testamento las reglas y solemnidades legales.

Las solemnidades se dividen en internas y externas. Las internas se reducen a la legítima institución de heredero idóneo, la cual antiguamente debía hacerse con voces imperativas, pero después con toda especie de palabras.

Las solemnidades externas son o necesarias al testamento nuncupativo y al escrito, o solamente al segundo. He aquí las primeras: que el testamento se haga en un acto continuo, sin intervenir en él otro acto diverso, v. gr., un contrato; y que se haga a presencia de siete testigos especialmente

rogados, que vean al testador, y con los cuales haya testamentificación; excluyéndose la mujer, el impúber, el siervo, el furioso, el mudo, el sordo, el ciego, el pródigo y el intestable. Tampoco pueden servir de testigos los herederos, ni los que están bajo la potestad del testador o del heredero, o tienen con ellos el vínculo de potestad. La conexión de los testigos entre sí no daña.

En el escrito se requiere que el testador lo extienda de su letra, o a lo menos lo firme, o si no sabe escribir se valga de un octavo testigo que lo firme por él. Se requiere también que los testigos lo firmen y lo sellen con anillo propio o ajeno, o con otro instrumento. Justiniano añadió en las Instituciones que los testigos o el testador escribiesen el nombre del heredero de su letra; pero esta disposición fue derogada en la Novela 119.

El idioma, la materia y las palabras en que se haga el testamento son de poca importancia; pero se prohibe escribirlo en pergamino en que se haya escrito y borrado otra cosa, bien que puede escribirse en él otra última voluntad.

El testamento nuncupativo se hacía de viva voz, y no dejaba de serlo, aunque se redujese después a escritura para auxilio de la memoria.

Observaremos: 1º que el número de siete testigos necesario para la solemnidad del testamento, no lo era cuando el testador explicaba lo que después de hecho el testamento aparecía oscuro o dudoso; 2º que los testigos deben asistir a todo el acto, pero no es lícito retenerlos por fuerza so pena de nulidad; 3º que en el testamento nuncupativo de los padres entre los hijos bastan dos testigos; y en el testamento escrito es suficiente que se especifique al tiempo de hacerse, los nombres de los hijos, las porciones hereditarias y las cosas particulares que se les dejan, escribiéndose todo de letra del testador o a lo menos bajo su firma; 4º que en los testamentos de los campesinos bastan cinco testigos si no puede reunirse más número, y se les dispensan las firmas no sabiendo escribir; 5º que en tiempo de peste, si es grave o adolece

de ella el testador, puede también rebajarse el número;[1] y 6º que en el testamento posterior en que se instituyen herederos los que eran llamados *ab intestato*, bastan las declaraciones juradas de cinco testigos para anular el testamento anterior, prevaleciendo sobre él no como testamento, sino como última voluntad de una persona intestada.

En cuanto a las calidades de los testigos observaremos: 1º que no es necesario en el testamento escrito que entiendan el idioma del testador; 2º que se entiende por intestable aquel cuyo testimonio no se recibe en juicio, y a quien nadie está obligado a servir de testigo, de lo que se sigue que tampoco son hábiles por ser instituidos herederos, cuales eran los condenados por autores de libelos famosos, los apóstatas, herejes y otros; 3º que la idoneidad de los testigos, sólo tiene que referirse a la fecha del testamento, y que si bien debía ser nulo el acto concurriendo como testigo el que sin ser idóneo pasaba por tal, vale por especial favor de la ley, y la idoneidad putativa se tiene por equivalente a la verdadera.

TÍTULO 11

Del testamento militar

Dig. Lib. 29, tít. 1º - Cód. Lib. 6º, tít. 21 (r)

A la manera que en los antiguos testamentos *in procinctu* bastaban tres o cuatro testigos, los Emperadores desde Julio César concedieron a los soldados que se hallaban en peligro de morir, varias exenciones y privilegios relativos a las disposiciones y solemnidades testamentarias, hasta que por último llegaron a eximirlos de todos los requisitos y solemnidades legales.

De aquí se sigue que los soldados podían instituir cuales-

[1] 1843 agrega: 6º que para las causas piadosas vale por derecho canónico cualquiera última voluntad declarada ante dos testigos, y según el mismo derecho es válido cualquier testamento presenciado por dos testigos y el párroco; (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

r) L. 4º. T. 1º. P. 6a. L. 7º y 8º T. 18. L. 10. Nov. R.

quier herederos, desheredando libremente a sus hijos o pasándolos en silencio; que no se rompían sus testamentos por la agnación o supernacencia de herederos suyos, ni valía contra sus disposiciones la querella de inoficioso; que podían morir parte testados y parte intestados y con dos o más testamentos, instituir herederos en codicilo, sustituirlos de cualquier modo y legar más de lo que permite la ley Falcidia; que en cuanto a las solemnidades externas sólo se necesitaba que constase su voluntad, deliberación y sano juicio, por lo que en el testamento escrito no se les exigía testigo alguno, y en el nuncupativo bastaban dos, aunque no fuesen rogados; y que podían hacer valedero, por palabras, escritura o hecho, el testamento ilegítimo otorgado antes de la milicia.

Gozaban de estos privilegios no solamente los soldados de número, sino los supernumerarios que seguían al ejército y estaban expuestos a los mismos peligros, lo que se verificaba aunque fuesen hijos de familia, sordos o mudos; pero sólo mientras estaban en expedición o campaña, no en guarnición o cuarteles de invierno. Pasado el peligro expiraba el testamento militar, si el testador sobrevivía; mas a los que habían obtenido una licencia honrosa se concedía el privilegio de que sus testamentos valiesen por un año; y la condición que se verificaba después de este tiempo se retrotraía.

Título 12

A quiénes no es permitido testar

Dig. Lib. 28, tít. 1º - Cód. Lib. 6º, tít. 22 (s)

No pueden testar los siervos, peregrinos ni [1] deportados; ni el testamento hecho en cautividad vale, aunque el testador recobre la [2] libertad; pero si sobreviene la cauti-

(s) Tít. 1º. P. 6.

[1] 1843 dice: y (Comisión Editora. Caracas).

[2] 1843 falta: la (Comisión Editora. Caracas).

vidad después de hecho el testamento, revive éste o por derecho de postliminio o por la ficción de la ley Cornelia. Tampoco pueden testar los rehenes sin permiso especial, ni los que están inciertos de su estado.

Se hallan también privados de esta facultad los hijos de familia; y por consiguiente tampoco pueden hacer codicilos, legados o fideicomisos, aunque sí donaciones por causa de muerte con permiso de su padre; y esta prohibición se extiende aun al peculio adventicio extraordinario; pero no al castrense o cuasi-castrense.

De lo dicho se infiere que la arrogación invalida el testamento del arrogado, y que el del hijo de familia no adquiere valor aunque salga de la potestad del padre; bien que lo tendrá si se otorgare con esta cláusula; que si no vale como testamento, valga como codicilo o como cualquiera otra última voluntad, y si además interviniere el consentimiento del padre, pues entonces valdrá como donación *mortis causa.* Los intérpretes señalan dos casos en que el hijo de familia puede testar del peculio adventicio con el consentimiento del padre, es a saber, dejando mandas piadosas, o instituyendo herederos a sus hijos.

Carecen, asimismo, de la facultad de testar los que no pueden juzgar rectamente, como son el impúber y el loco, y los que no pueden significar con claridad lo que sienten, como los sordos y los mudos, a menos que de palabra o por escrito les sea posible entender y ser entendidos. Antiguamente era necesario rescripto del príncipe para que los sordos y los mudos pudiesen aun en este caso otorgar testamento. Justiniano hizo de derecho común lo que antes era un privilegio.

No adquiere valor un testamento aunque el testador llegue después a la pubertad o recobre el juicio. Pero es válido el testamento del furioso hecho en los intervalos de juicio, y no se vicia el testamento hecho antes de la demencia aunque muera en ella el testador.

Con este motivo observaremos que no basta en ningún

caso la idoneidad del testador al tiempo de su muerte, si no la tuvo al tiempo de testar; pero que esta última puede ser suficiente en algunos casos, como en el de sobrevenir la demencia, sordera o mudez. Lo dicho del furioso se aplica en todas sus partes al pródigo.

Tampoco se permite hacer testamento a los reos de lesa majestad, a los siervos de la pena, a los apóstatas y herejes contumaces ni a los incestuosos; pero es válido el testamento de los últimos cuando instituyen a sus herederos legítimos.

En el testamento del menor no es necesario el consentimiento del curador.

En el testamento nuncupativo del ciego se necesita por constitución de Justino, la presencia del tabelario o de un octavo testigo que lea o ponga por escrito las disposiciones del testador, y firme y selle la escritura junto con los otros siete testigos.

TÍTULO 13

De la desheredación de los hijos

Dig. Lib. 28, tít. 2º - Cód. Lib. 6º, tít. 28 y 29. Novel. 115 (t)

Desheredar es excluir de la herencia a los que sin esta exclusión hubieran heredado *ipso jure*, por lo que sólo se dice propiamente de los herederos suyos. La desheredación para que fuese tal debía ser pura, simple (esto es, no de cosa particular), y de todos los grados; faltando cualquiera de estas circunstancias se reputaba por mera preterición.

Según el derecho civil antiguo el hijo, tomando esta palabra en su sentido estricto, debía desheredarse por nombre o por una designación que determinase la persona, porque si era indeterminada se tenía por no hecha. Y si no se le instituía heredero, o se le desheredaba de este modo, el testamento era nulo, de manera que por él no podía haber herede-

(t) T. 7º. P. 6a.

ro alguno, aunque el hijo muriese antes que el padre. Esto es conforme a la regla Catoniana, según la cual la institución de heredero que hubiera sido inútil si el testador hubiera fallecido inmediatamente después de testar, no se hace válida por haber vivido más tiempo; lo que se conforma también con la regla general de derecho, que lo que en su origen es nulo, no adquiere valor con el tiempo. Otras consecuencias de la nulidad del testamento eran, que por él no se rompiera el anterior si lo hubiese, y que un legado por grande que fuese dejado al hijo, ni el consentimiento de éste en la preterición, daban valor al testamento.

Con respecto a las hijas y a los descendientes por la línea de varón, era también necesaria la desheredación expresa; pero no se requería la designación individual, bastando la que se llamaba *inter cœteros*. Otra diferencia era que faltando esta desheredación, no por eso el testamento se rompía, sino que los preteridos acrecían a los herederos instituidos, es a saber, a los herederos suyos en la parte legítima, y a los extraños en la mitad; de que resultaba que los preteridos debían ser frecuentemente de mejor condición que los instituidos.

Tales eran las disposiciones del antiguo derecho civil. El pretor, sin embargo, daba a todos los hijos preteridos (sin distinción de sexo o grado en cuanto al efecto de la desheredación, mas no en cuanto al modo de hacerla) la posesión de los bienes *contra tabulas*, según las reglas de la sucesión *ab intestato*; lo que por disposición de Antonino fue limitado al acrecimiento que se ha dicho. Y dado caso que el hijo preterido hubiese fallecido antes que el padre, o que no quisiese hacer valer su derecho, y que los agnados más próximos tampoco reclamasen la herencia el pretor daba también a los herederos instituidos la posesión *secundum tabulas*.

Entre los hijos existentes al tiempo de hacerse el testamento, y los póstumos o los que nacían [1] después, había

[1] 1843 dice: nacen (Comisión Editora. Caracas).

varias diferencias: 1ª pasados en silencio los póstumos de cualquier grado y sexo, el testamento era válido en su origen; 2ª todos ellos rompen igualmente el testamento; 3ª a las hijas póstumas de cualquier grado podía desheredarse *inter cœteros,* pero dejándoles algún legado para que no pareciesen olvidadas; y 4ª a los póstumos varones de cualquier grado debía desheredarse por nombre, esto es, por una designación individual.

Cuasi póstumos se decían aquellos que existían [1] antes del testamento; pero que después de éste y antes de la muerte del testador pasaban a la condición de herederos suyos, v. gr., por muerte o emancipación de su padre, por nupcias solemnes, por adopción, etc. La ley Julia Veleya determinó que fuese necesario instituir o desheredar a los cuasi póstumos, de la misma suerte que a los póstumos, so pena de romperse el testamento.

Por el derecho civil no era necesario instituir o desheredar a los emancipados, porque no eran herederos suyos. Mas el pretor exigía que todos ellos sin distinción de sexo se instituyesen o desheredasen, los varones por nombre y las mujeres *inter cœteros;* de lo contrario les daba la posesión de los bienes *contra tabulas,* cuyo efecto, según antes se ha dicho, fue limitado por la constitución de Antonino. Los adoptivos tenían los mismos derechos que los naturales; pero emancipados por el padre adoptivo no se contaban ya entre sus hijos, ni por el derecho civil ni por el pretorio. Su padre natural no estaba obligado a instituirlos o desheredarlos mientras duraba la adopción pero después de ella esta obligación revivía por el derecho pretorio. Tal fue el antiguo derecho civil y pretorio. Justiniano estableció que los herederos suyos, o los que sin la emancipación lo serían, ya hubiesen nacido antes o después del testamento, y cualquiera que fuese su sexo, debían ser instituidos o desheredados por nombre; y que en caso de preterición, los hijos suyos gozasen

1 1843 dice: existan (Comisión Editora. Caracas).

del remedio que el derecho civil concede al hijo varón, y los emancipados del que concede a todos los hijos varones el derecho pretorio.

Por la Novela 115 la madre y el abuelo materno están también obligados a instituir o desheredar por nombre; y se extendió la misma obligación con respecto a todos aquellos a quienes se debe legítima; y así es que preteridos los ascendientes rescinden el testamento.

Legítima es aquella porción de la herencia que por disposición de la ley debe dejarse forzosamente a ciertas personas. Las leyes señalan legítimas a los hijos y padres, como también a los hermanos enteros o consanguíneos en el caso de preferirse a ellos una persona de condición deshonrosa. La legítima era por derecho antiguo la cuarta parte de lo que se hubiera tocado sucediendo *ab intestato;* por el nuevo depende del número de las personas: si éstas pasan de cuatro es la mitad y si no pasan el tercio.

Establecióse también por la Novela 115 que la desheredación fuese por causa justa, la cual se expresase en el testamento.

Se tenía por causa justa para la desheredación de los hijos, una de las catorce siguientes: 1ª injuria grave contra el padre; 2ª haberle dado golpes; 3ª haber puesto asechanzas contra su vida; 4ª haberle delatado, siguiéndose de ello algún daño; 5ª haberse asociado con hechiceros; 6ª haberle impedido testar; 7ª no haber cuidado de él estando demente; 8ª no haberle rescatado de cautiverio; 9ª si el hijo es hereje de tal condición que no admite los cuatro primeros concilios ecuménicos; 10ª si ha acusado a su padre de delito capital, que no sea de lesa majestad; 11ª si ha tenido acto carnal con su madrastra o con la concubina de su padre; 12ª si se asocia con los pantomimos contra la voluntad de su padre; 13ª si estando su padre preso no ha dado fianza para librarle; 14ª si la hija menor se prostituye habiendo querido su padre casarla y dotarla.

Los padres podían ser desheredados legítimamente por

algunas de las ocho causas que siguen: 1ª acusación capital; 2ª asechanza contra la vida del hijo; 3ª seducción de la nuera o de la concubina del hijo; 4ª haberle impedido testar; 5ª no haberle rescatado de cautiverio; 6ª no haber cuidado de él estando demente; 7ª herejía; 8ª si el padre ha querido dar veneno a la madre, o la madre al padre.

Los hermanos se desheredan por tres causas: 1ª asechanzas contra la vida del testador; 2ª acusación capital; 3ª haberle causado grave perjuicio en la hacienda.

Las causas dichas no excluyen otras semejantes o más atroces, con tal que sean del mismo género.

Título 14

De la institución de heredero

Dig. Lib. 28, tít. 5º - Cód. Lib. 6º, tít. 24 (t)

Pueden instituirse herederos tanto los siervos como los libres: los siervos ajenos si su amo puede ser heredero; los propios con la libertad, la cual se presume dada por el mero hecho de la institución. Se considera siervo propio aun aquel en que tenemos la propiedad desnuda sin el usufructo.

El hombre libre para ser instituido debe ser ciudadano. Por consiguiente, no puede serlo el peregrino, ni el que ha sufrido la máxima o media diminución de cabeza. Tampoco puede ser instituido el hijo del traidor, el apóstata, el hereje, los gremios ilícitos ni la corporación de los judíos. Pero pueden serlo las ciudades, iglesias, gremios lícitos y los pobres de alguna ciudad o distrito, todos los cuales antiguamente estaban excluidos como personas inciertas.

A otros se concede la facultad de testar, pero limitada, como a los que tienen herederos suyos; al hombre que pasa a segundas nupcias, el cual no puede dejar a su segunda mujer

(t) T. 3º. P. 6.

más que a uno de los hijos de la primera, es a saber, el que tenga menor parte en la herencia; a los padres con respecto a los hijos incestuosos y el uno al otro [1], y con respecto a sus hijos naturales, habiendo hijos legítimos o ascendientes.

No pudiendo nadie morir parte testado y parte intestado se sigue: 1º que si hay un solo heredero, y a éste se le deja, v. gr. la tercera o cuarta parte de la herencia, la adquirirá toda; 2º que lo mismo sucederá si se le deja una cosa determinada; 3º que nombrados muchos herederos sin designación de parte, heredarán todos por igual; 4º que si asignadas las cuotas hereditarias sobra o falta algo para el complemento del total, la diferencia se divide entre los coherederos a prorrata; 5º que asignadas las cuotas a unos y no a otros, se dividen estos últimos el sobrante de aquéllas; y si nada sobra, o si las cuotas hereditarias exceden al total, se duplicará o triplicará el as. Si el que es instituido en cosa determinada tiene coheredero, se mira como legatario: y si todos son instituidos en cosas determinadas, reparten la herencia por igual, después de tomar cada uno para sí lo que determinadamente se le ha dejado.

Resulta del mismo principio que el heredero puede ser instituido puramente o bajo condición; pero no hasta o desde cierto día; por lo que si se prefija día se reputa por no escrito, a no ser que sea incierto si existirá o no, pues entonces se le mira como condición. Si es cierto que ha de existir, pero se ignora cuándo, sólo puede mirarse como condición en un caso, y es cuando se señala a un extraño, no al mismo heredero.

La condición se divide en posible e imposible. La condición imposible es la que repugna a la naturaleza, a las leyes o a las buenas costumbres, o la que resulta de pugnar entre sí las palabras. La condición posible se divide en potestativa, casual y mixta. La potestativa es la que está al arbitrio del

[1] 1843 dice: recíprocamente, en vez de "y el uno al otro". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

heredero, la casual la que depende de accidentes sobre los cuales no tiene poder alguno, y la mixta, aquella que participa de ambas.

Con respecto a las condiciones se deben tener presentes estos axiomas: 1º la condición imposible por naturaleza, o contraria a las leyes o buenas costumbres se tiene por no escrita; 2º la condición imposible por la perplejidad de las palabras vicia la institución; 3º el heredero que fallece antes de existir la condición, no trasmite la herencia a los suyos; 4º a los herederos suyos no puede ponerse otra condición que la potestativa; 5º las condiciones posibles impuestas a un extraño deben cumplirse todas, si se imponen copulativamente; pero basta que se cumpla una sola si se imponen disyuntivamente; 6º la condición potestativa impuesta a un extraño exige, si es negativa, que el heredero preste caución de sujetarse a ella; y 7º si la condición pende de arbitrio ajeno y el no cumplirse no está en culpa del heredero, se reputa cumplida.

Prohíbense las instituciones captatorias, pero no las remuneratorias, o las que proceden de afecto mutuo, como las que se hacen entre los cónyuges.

TÍTULO 15

De la sustitución vulgar

Dig. Lib. 28, tít. 6º - Cód. Lib. 6º, tít. 25 y 26 (u)

Estableciéronse las instituciones para remediar los inconvenientes que resultaban de faltar muchas veces el heredero instituido, y para que de algún modo pudiesen testar los impúberes, dementes y otras personas que física o moralmente están impedidos.

La sustitución es la institución de un heredero segundo,

(u) T. 5º. P. 6a.

tercero, cuarto, etc., para el caso de faltar el primero, segundo, etc. Lo que se dice de los herederos primero y segundo, se entiende de todos aquellos que se hallan en la misma relación, aunque en el orden establecido por el testador les precedan algunos otros.

Si la sustitución se hace con palabras directas o imperativas, se llama directa, y si con palabras de ruego, fideicomisaria. En aquélla se sustituye al que no ha llegado a ser heredero, o al hijo de familia que muere antes de la pubertad. En ésta se supone que el instituido ha heredado, y se le encarga restituir la herencia.

La sustitución directa se divide en vulgar y pupilar, cada una de las cuales se supone tácitamente inclusa en la otra; por lo que suelen también dividirse en expresas y tácitas.

La vulgar es aquella en que cualquiera testador sustituye para el caso en que el heredero instituido no llegue a serlo: sustitución que abraza dos hipótesis, el no poder o el no querer recibir la herencia; de las cuales si se expresa solamente la una, se supone contenida en ella la otra.

Como la sustitución es una segunda institución, se sigue: 1º que no pueden ser sustituidos los que no pueden ser instituidos; 2º que es lícito sustituir uno a muchos, muchos a uno, y cualquier número a otro número, ya sea colectivamente, ya persona a persona; y 3º que los coherederos pueden ser mutuamente sustituidos, la cual se llama sustitución recíproca o brevilocua.

Y como el heredero segundo entra en lugar del primero: se sigue: 1º que en caso de duda se entiende que el sustituido es llamado por el testamento a la misma porción de la herencia que el instituido; 2º que la sustitución expira, si el sustituido fallece antes que el instituido, o si éste entra en la herencia; y 3º que el sustituido a un heredero segundo se supone serlo por el mismo hecho al primer heredero.

TÍTULO 16

De la sustitución pupilar

Dig. Lib. 28, tít. 6º - Cód. Lib. 6º, tít. 26 (v)

La sustitución pupilar es la que se hace a los hijos y otros descendientes impúberes que están bajo la potestad del testador, y que después de los días de éste no han de recaer bajo la potestad de otro, para el caso de que mueran antes de llegar a la pubertad. De esta definición se deduce: 1º que el fundamento de la sustitución pupilar es la potestad paterna; 2º que su causa es la inhabilidad de testar del hijo; y 3º que la sustitución pupilar abraza dos testamentos; no por razón de las solemnidades sino de las instituciones.

Del primero de estos axiomas se sigue: que la madre no puede sustituir sino vulgarmente: que el padre puede sustituir a los suyos tanto existentes como póstumos, pero no a los emancipados, ni tampoco a los nietos u otros descendientes que han de recaer bajo potestad ajena, a menos que se les instituya o desherede según la ley Junia Veleya: que se puede sustituir aun a los desheredados, pero no imponerles legados, ni a ellos ni a sus sustitutos; y que expira la sustitución, si el hijo es emancipado antes de la muerte del testador o arrogado después de ella.

Del segundo axioma se sigue: que la sustitución pupilar expira por el hecho de llegar el pupilo a la pubertad; y que ésta limita necesariamente la sustitución; pero el testador puede, si quiere, reducirla a un término más corto.

Del tercer axioma se deduce: que el padre no puede sustituir al hijo (que es en cierto modo testar por él) si no testa primero por sí; que existiendo el caso de la sustitución hereda el sustituido no solamente los bienes paternos trasmitidos al hijo, sino todos los bienes del hijo, excluyendo a

(v) T. 5º. P. 6.

todos sus herederos legítimos, excepto la madre a quien se concede la legítima de los bienes adventicios; y que invalidado el testamento principal, se invalida asimismo la sustitución pupilar.

A ejemplo de esta sustitución se estableció la cuasi-pupilar llamada también ejemplar, que es la que hacen los padres y madres a favor de los furiosos y mentecatos para el caso de morir éstos antes de recobrar el uso de la razón. De aquí se sigue que su fundamento no es la potestad paterna: y no se puede sustituir a una de estas personas, si no se les instituye a lo menos en sus legítimas. Las leyes previenen que les sustituyan sus hijos, a falta de éstos sus hermanos y en defecto de unos y otros cualquiera. La sustitución cuasi-pupilar se extiende a los pródigos y a los sordo-mudos.

Título 17

De los modos de invalidar un testamento

Dig. Lib. 28, tít. 3º (x)

El testamento puede ser primeramente nulo en su origen por defecto de la solemnidad interna, esto es, de la institución de heredero, y también por la preterición de los hijos ya nacidos que están bajo la potestad del testador.

En segundo lugar puede ser ilegítimo, *injustum*, y por consiguiente de ningún valor en su origen, por haberse omitido en él alguna formalidad externa o necesaria.

Los testamentos de estas dos especies no producen efecto alguno en derecho, de manera que los legados y demás disposiciones testamentarias se reputan por no hechos; bien que los de la primera especie se sostienen por el pretor, según ya se ha dicho, si el hijo preterido fallece en vida del

(x) T. 1º. P. 6.

testador o no quiere hacer uso de su derecho[1], y los de la segunda especie pueden sostenerse algunas veces por medio de la cláusula codicilar.

En tercer lugar se *rompe* el testamento, cuando se vicia permaneciendo el testador en el mismo estado, v. gr. por la agnación natural de herederos suyos, o por la agnación civil, que es cuando el testador arroga o adopta plenamente, o legitima, o contrae nupcias solemnes, o por la muerte de un ascendiente pasa a la clase de heredero suyo el que antes no lo era. *Rómpese* también el testamento por la voluntad del testador, ya haciendo un nuevo testamento con las formalidades necesarias, aunque falte el heredero instituido en el testamento posterior, y aunque en el anterior haya cláusula[2] derogatoria; ya sea revocando el testamento anterior delante de tres testigos, o por escritura formal, si trascurriesen diez años entre la fecha del testamento y la muerte del testador; ya es borrándolo, rompiéndolo o escribiendo otra cosa en él.

A veces con todo presentándose dos testamentos subsiste el primero; es a saber, cuando el segundo es nulo por la preterición de un hijo, o por no instituirse en él heredero, y cuando la condición de presente o pretérito inserta en él no existe. A veces se da igual valor a los dos, que es cuando no consta cuál de ellos es el más reciente. En fin, si en el segundo se instituye heredero de cosa particular y se añade que debe valer también el primer testamento, se entiende que la intención del testador ha sido rogar al heredero escrito en el segundo que restituya la herencia restante a los herederos escritos en el primero.

El testamento que se rompe no tiene valor alguno si no se sostiene por el pretor dando la posesión de los bienes, como sucede cuando el póstumo superviviente fallece en

[1] 1843 falta: los de la primera especie se sostienen por el pretor, según ya se ha dicho, si el hijo preterido fallece en vida del testador o no quiere hacer uso de su derecho, y (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[2] 1843 dice: causa (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

vida del testador, o cuando destruye o cancela el segundo testamento para que reviva el anterior.

En cuarto lugar se hace *irrito* el testamento, si se muda el estado del testador por cualquiera diminución de cabeza. Mas a veces lo sostiene el pretor dando la posesión de los bienes *secundum tabulas,* si el testador muere ciudadano romano y persona *sui juris,* y si en el caso de la mínima diminución de cabeza declara nuevamente su voluntad.

En quinto lugar queda destituido el testamento en que no hay heredero, porque el instituido no quiere o no puede serlo.

Y en sexto lugar se *rescinde* el testamento por la querella de testamento inoficioso, de que se tratará en el siguiente título.

TÍTULO 18

Del testamento inoficioso

Dig. Lib. 5º, tít. 2º - Cód. Lib. 3º, tít. 28 (y)

Como al principio fuese enteramente libre instituir a los hijos en la parte que se quisiese o desheredarlos del todo, se introdujo después en favor de los desheredados la querella de testamento inoficioso, so color de que el testador que había faltado a las obligaciones de la naturaleza no estaba en su sano juicio.

Testamento inoficioso es el que otorgado con las formalidades de derecho tiene algo de contrario a las obligaciones naturales, esto es, en el que se deshereda o pasa en silencio sin causa justa a alguno de aquellos a quienes se debe una porción legítima; y la querella de inoficioso es la acción intentada por los que teniendo derecho a esta legítima son injustamente desheredados o pasados en silencio: acción que

(y) T. 8º P. 6.

se dirige sobre los herederos instituidos, y tiene por objeto que se rescinda el testamento.

No tienen necesidad de la querella de inoficioso los hijos [1] suyos preteridos o no desheredados por nombre y justa causa, teniendo a su favor el remedio de nulidad. Ni tampoco la han menester los que han sido instituidos en alguna parte por pequeña que sea, porque a éstos les compete la condición *ex lege* para que se les complete la legítima, la cual condición tiene el título de acción expletoria.

Tiene lugar la querella de inoficioso en los tres casos siguientes: 1º si un hijo u otro heredero suyo ha sido desheredado con justa causa pero falsa; 2º si el ascendiente ha sido desheredado o preterido por un descendiente, el descendiente por un ascendiente materno, el ilegítimo por la madre en el caso de ser su heredero [2], el emancipado por el emancipador y los hermanos por el hermano, prefiriéndose a éstos una persona de condición deshonrosa; y 3º si la causa de la desheredación [3] aunque justa no se ha expresado en el testamento.

La querella de inoficioso es puramente una acción subsidiaria, esto es, que sólo tiene lugar cuando no hay otra; y no se acostumbra dar a los herederos si no se les ha preparado, es decir, si no se inició la causa por su antecesor; bien que el hijo que muere, mientras el heredero instituido delibera, la trasmite a los suyos sin necesidad de prepararlos. No se da esta acción después de trascurrir un quinquenio, ni cuando la desheredación se ha hecho por favorecer al desheredado, ni cuando la voluntad del testador ha sido reconocida tácita o expresamente por el desheredado. El que

1 1843 agrega: u otros descendientes (Comisión Editora. Caracas).

2 1843 falta: el ilegítimo por la madre en el caso de ser su heredero (Comisión Editora, Caracas).

3 1843 agrega: Pueden usar de la querella de inoficioso todos aquellos a quienes se debe legítima; y por consiguiente los descendientes legítimos tanto suyos como emancipados; los ilegítimos con respecto a la madre; los póstumos; los ascendientes y los hermanos enteros o consanguíneos en el caso indicado. Si los próximos no intentan la querella, les suceden los del grado inmediato que tengan derecho a legítima. (Comisión Editora. Caracas).

intentando esta acción es vencido en juicio pierde los legados. Finalmente, el efecto de ella se limita a rescindir la institución, pero deja en pie los legados y demás disposiciones testamentarias.

TÍTULO 19

De la calidad y diferencia de los herederos

Dig. Lib. 9º, tít. 2º - Cód. Lib. 6º, tít. 31 (z)

Los herederos se dividen en tres clases: necesarios, suyos y necesarios y voluntarios.

Los necesarios son los siervos propios, instituidos con libertad o sin ella, los cuales, sea que quieran o no, son *ipso jure* libres y herederos luego que el testador fallece, sin que sea necesaria la adición de la herencia. Pero debe observarse que no se halla en este caso el siervo a quien se debe la libertad por otro motivo, v. gr., por un fideicomiso; y que las cosas que el heredero necesario adquiere después de la muerte del testador, si la adquisición no es por causa hereditaria, no están obligadas a las deudas del difunto: para cuyo beneficio es menester que antes de mezclarse en la herencia impetre del pretor la separación de estos bienes propios, incluyéndose en ellos lo que el testador le debiere.

Herederos suyos y necesarios son los hijos u otros descendientes que al tiempo de morir el testador se hallan bajo su potestad, y que por su muerte no han de recaer en la de otro. Mas aunque estos herederos por la ley de las Doce Tablas lo son necesariamente, tanto por testamento como *ab intestato,* sin necesidad de adición, ni de gestión de heredero, ni aun de tener noticia de la herencia, sin embargo el pretor les permite que se abstengan de ella, si lo solicitan, para que sus bienes propios no sean embargados y poseídos por los acreedores paternos. Se concede este beneficio a los impúberes

(z) L. 21 y siguientes del T. 3º de la P. 6.

aunque se hayan mezclado en la herencia, y a los púberes si no se han mezclado ni por su culpa se ha extraviado alguno de los efectos hereditarios. Por tanto no hay herencia yacente cuando hay herederos suyos. Es también peculiar de estos herederos que si fallecen antes de saber la muerte del testador o de declarar su voluntad acerca de retener o no la herencia, la trasmiten sin embargo a los suyos, y su mera existencia basta para confirmar la sustitución pupilar y las libertades.

Los herederos voluntarios o extraños son los que pueden a su arbitrio adquirir la herencia o repudiarla. Cuéntanse en este número aun los emancipados y los hijos de todas clases con relación a la madre, como también el siervo instituido a quien el testador antes de morir hace libre; porque ninguno de ellos es heredero si no quiere serlo. Es una excepción singular que el hermano sustituido por el padre al hermano impúber, es su heredero necesario. Entiéndense también por extraños los que desheredados o preteridos no tienen acción civil o pretoria para rescindir el testamento; y en este sentido no son extraños ni los emancipados ni los descendientes por línea de mujer, a todos los cuales siendo persona *sui juris* extendió Teodosio el privilegio de trasmitir a sus descendientes la herencia en que habían sido instituidos, aunque mueran antes de abrirse el testamento, lo cual era peculiar de los herederos suyos. Finalmente la palabra extraños tiene un sentido todavía más extenso, que es en el que se aplica a todos aquellos que no tienen derecho para suceder *ab intestato*. Pero su significación en este título debe limitarse al sentido literal de la primera definición.

Los extraños adquieren la herencia, o declarándolo expresamente por el acto legítimo llamado adición, o tácitamente haciendo gestión de heredero, a menos que hagan constar que no proceden con ánimo de serlo, sino por el interés de la conservación de los bienes por un efecto de amistad o parentesco.

No pueden ejecutar la adición los furiosos, dementes o

niños. Ejecútanla por estos últimos los padres o tutores. El pupilo próximo a la pubertad o a la infancia y el menor necesitan para este acto de la autoridad del tutor o del consentimiento del curador. El hijo de familia, según el derecho antiguo, necesitaba que su padre se lo mandase; mas por el derecho nuevo en teniendo edad competente puede aceptar la herencia aun contra la voluntad de su padre.

La adición debe ser voluntaria y de toda la herencia; pero este acto no da la posesión por sí solo, si no se le junta la aprehensión natural.

Los herederos extraños deben ser personas con quienes haya testamentifacción, ya sean ellos mismos instituidos, o ya lo sean los que se hallan bajo su potestad; y se exige la testamentifacción en dos tiempos, en el del testamento para que valga la institución, y en el de la muerte del testador para que tenga el efecto. Es también necesaria al tiempo de existir la condición si la institución fue condicional. Pero la mutación de derecho en los intervalos no daña. Hay testamentifacción con muchos de aquellos que no la tienen, como son el furioso, el pródigo, el hijo de familia y el siervo.

El heredero sucede a todos los derechos y obligaciones de su antecesor, lo que se verifica tanto en los necesarios como en los extraños, y no menos en la sucesión *ab intestato* que en la testamentaria; y tiene lugar a prorrata de la porción hereditaria, aunque la herencia no esté solvente. Además, interviene en virtud de la adición o de la inmistión un cuasi-contrato entre el heredero y los legatarios y fideicomisarios, los cuales tienen en consecuencia una acción personal contra el heredero.

Mas, para obviar los inconvenientes que de aquí resultaban concedieron las leyes a los herederos dos remedios: el plazo para deliberar y el beneficio del inventario.

El plazo para deliberar no tanto es a beneficio del heredero como de los demás interesados en la herencia, v. gr. acreedores, sustitutos y herederos legítimos; porque si ninguno de éstos insta, la acción hereditaria no prescribe sino

en el término de treinta años. Mas en el caso contrario o debe el heredero pedir el plazo para deliberar, o aceptar inmediatamente, o sufrir que otros obtengan la posesión de bienes o la sucesión. Este plazo fue antes arbitrario, aunque nunca menor de cien días; después se limitó a nueve meses si lo daba el juez, o a un año si el príncipe; con tal que se hubiese pedido dentro de un año, después de saberse la herencia. Concedido el plazo tenía facultad el heredero para examinar los efectos y documentos hereditarios; y si lo dejaba trascurrir sin declarar su voluntad, se miraba la herencia como repudiada o aceptada, según más conviniese a aquél a cuya instancia lo había pedido el heredero [1]. Concedió también Justiniano a los herederos que mueren dentro del año en que habían tenido noticia de la herencia, y no la habían aceptado o repudiado, que pudiesen trasmitir a cualquiera heredero el plazo para deliberar por el resto de aquel año. A los herederos suyos se concede el mismo plazo para abstenerse que a los extraños para repudiar.

Después de la adición o inmistión no se permite abandonar o repudiar la herencia; mas a los menores de veinte y cinco años se concede algunas veces por el pretor la restitución *in integrum,* cuando han procedido con ligereza ya en reconocer, ya en repudiar o abstenerse de la herencia. Igual beneficio se dispensa por equidad, con pleno conocimiento de causa, aun a los mayores de veinte y cinco años cuando no hay nada que imputarles; v. gr., si sucede que aceptada la herencia se descubre una gran cantidad de deudas, de que no ha podido tenerse noticia durante la deliberación.

El beneficio del inventario es el derecho de no responder por más que el valor de la herencia aceptada, si ha precedido inventario de ella en debida forma. Para esto se requiere: 1º que empiece el inventario dentro de treinta días con-

1 1843 dice de esta otra manera: y si no aceptaba antes de cumplirse, se miraba como repudiada la herencia con respecto a los sustitutos y herederos legítimos, y como aceptada con respecto a los acreedores. (Comisión Editora. Caracas).

tados desde el momento de la noticia; 2º que se concluya dentro de otros sesenta, y si la herencia se halla en parajes distantes o los herederos ausentes, dentro de un año; 3º que se haga con presencia de escribano y con citación de los interesados, o faltando éstos con presencia de tres testigos; y 4º que el heredero lo firme expresando la suma, o si no sabe escribir que el escribano lo haga por él.

TÍTULO 20

De los legados

Dig. Lib. 30 y 31 - Cód. Lib. 6º, tít. 37 (a)

Legado es lo que se deja por testamento imponiendo directamente al heredero la obligación de entregarlo a otra persona. Diferenciábase del fideicomiso: 1º en que aquél se hacía con voces directas o imperativas, y éste con voces indirectas o de ruego; 2º en que el legado debía hacerse en testamento, o en codicilo confirmado por testamento, mientras el fideicomiso era legítimo aunque se hiciese en codicilos no confirmados; 3º en que el legado se hacía precisamente en latín, lo que no era de necesidad en el fideicomiso; y 4º en que el fideicomiso se interpretaba siempre más benignamente que el legado.

Cuatro especies había de legados: 1ª por vindicación, dirigidos al legatario con las palabras doy, lego, reciba, tome, tenga por suyo, etc.; 2ª por condena, dirigidos al heredero con las palabras el heredero será obligado a dar o hacer, le ordeno que dé o haga, etc.; 3ª por prelación *et praeceptionem* dirigidos a uno de los coherederos con las palabras tome preferentemente tal o tal cosa; 4ª por manera de tolerancia, *sinendi modo* dirigidos al heredero con estas palabras, dejará el heredero que el legatario tome tal cosa. Entre estas cuatro

(a) T. 9º. P. 6.

especies había grandes diferencias en lo antiguo. El legado por vindicación daba dominio quiritario desde el momento de aceptarse la herencia; el legado por condena o por tolerancia producía una obligación personal, de que nació la condición *ex-testamento;* y el legado por prelación se pedía por el juicio *familiae erciscundae.* Ni todas las cosas podían legarse de un mismo modo. Por vindicación o prelación sólo podían legarse aquellas en que el testador tenía dominio quiritario al tiempo del testamento y la muerte, a no ser que fuesen cosas fungibles en que bastaba el dominio al tiempo de la muerte; pero por condena se lega cualquiera cosa, aunque no sea del testador sino del heredero.

El derecho nuevo abolió estas diferencias de legados, y los igualó en todo a los fideicomisos, de lo que resultan los axiomas siguientes: 1º todos los legados y fideicomisos, cualesquiera que sean las palabras o fórmulas con que se hagan, producen unos mismos efectos; 2º los legados están de tal modo igualados a los fideicomisos, que lo que falte a los primeros se les suple en el concepto de fideicomisos, y si en el legado hay alguna ventaja, la comunica al fideicomiso; 3º el dominio de la especie legada pasa al legatario sin necesidad de tradición desde el momento de la muerte del testador, de manera que el día de un legado puro cede, esto es, empieza a correr desde aquel momento; y 4º los legados no necesitan solemnidades y por consiguiente pueden dejarse por codicilos, con tal que haya cinco testigos presentes.

Pueden dejar legados y fideicomisos todos los que pueden testar y no otros; y pueden dejarse a todos los que tienen la testamentifacción pasiva, pero no a los incapaces de ella, excepto el legado de alimentos. En lo antiguo podían dejarse fideicomisos a ciertas personas incapaces de recibir legados, v. gr., a los latinos junianos.

Antiguamente no se podía dejar herencia, legado ni fideicomiso a persona incierta. Podíase con todo legar a una persona incierta que perteneciese a cierto orden o número determinado. Los póstumos se miraban como ya nacidos, y

por consiguiente como personas ciertas para la sucesión legítima, mas no para la testamentaria y los legados. Introdújose después la práctica de instituir o desheredar necesariamente a los póstumos suyos; pero a los póstumos ajenos podían dejarse sólo fideicomisos; y por derecho pretorio se les daba la posesión de los bienes *secundum tabulas*. Posteriormente se estableció que fuesen capaces de recibir fideicomisos, legados y herencias las ciudades, iglesias, hospitales y gremios; y Justiniano extendió igual favor a toda clase de personas, que siendo inciertas a la época del testamento, podían determinarse por algún suceso futuro. El legado puro al siervo del heredero es inútil, y no se valida aunque en vida del testador salga el legatario de la potestad del heredero. Pero la regla Catoniana no pertenece a los legados condicionales ni a aquellos cuyo día cede después de la adición de la herencia, y por consiguiente el legado condicional que se deja al siervo del heredero es válido, si al tiempo de existir la condición se halla fuera de la potestad del heredero. Por el contrario al amo del heredero puede legarse válidamente sin condición alguna.

Los legados pueden imponerse no sólo al heredero, sino a cualquier legatario y fideicomisario y a los herederos de éstos, con tal que el valor del legado no exceda a lo que la persona que ha de prestarlo haya recibido del testamento, porque el exceso se lega inútilmente.

Puede legarse toda clase de cosas que existan o puedan existir, tanto corporales como incorporales, con tal que estén en el comercio humano, o por lo menos del legatario. Pueden por consiguiente legarse los frutos futuros; y si se menciona el fundo por vía de demostración, se deberán los frutos aunque no nazcan en aquel fundo; pero no si éste se menciona por vía de tasación. En esta segunda especie de legados hay una condición tácita; pero no de aquellas que hacen condicional el legado, en cuanto a sus efectos, puesto que se trasmite a los herederos del legatario, antes de verificarse la condición.

Pueden en segundo lugar legarse las cosas ajenas; pero el legado de una cosa del legatario es inútil, si no es que se haga bajo la condición de enajenarse en vida del testador. Los legados de cosas ajenas imponen al heredero la obligación de comprarlas para el legatario, o de pagarle el justo precio en que por arbitrio del juez se valuare, a no ser que el testador ignorase que eran ajenas (cuya excepción no se extiende a las del heredero) o que en vida del testador las adquiriese el legatario a título lucrativo. Si las adquiriese a título oneroso, tendría derecho al precio de ellas. Si se le dejase por dos testamentos una misma cosa, habiendo recibido por el primero de ellos la cosa no tendría derecho al precio en virtud del segundo; pero habiendo por el primero recibido el precio, podría por el segundo reclamar la cosa, si adquiriese una parte a título lucrativo y otra a título oneroso, podría sólo reclamar el precio de la segunda; y por tanto, si adquiriese la propiedad a título oneroso y el usufructo a título lucrativo se le debería sólo el precio de la propiedad. Es una regla general de derecho que no pueden concurrir dos causas lucrativas en una misma persona y acerca de una misma cosa.

Se legan asimismo las cosas obligadas por deudas; y si el testador no ignoraba que lo estuviesen, o si no impone al legatario la necesidad de desempeñarlas, es visto que la impone al heredero. No se sigue esta regla con las servidumbres, salvo el usufructo. Las pensiones anuales siguen la regla general de las servidumbres.

Vale el legado de cosa ajena que el testador creyó suya, y la obligación de libertar las empeñadas que el testador creyó libres se entiende con el heredero, si consta que el testador tuvo ánimo de legar cosa de aquel valor, sea porque el mismo lo declarase, o porque el legatario fuese una persona, a quien no es presumible que el testador quisiese legar menos. Si se lega una universidad o conjunto de cosas, v. gr., una dote, y alguna cosa singular de ella está empeñada, toca su desempeño al legatario, si el testador no dispone de otro modo.

El legado de una cosa común, se supone serlo de la parte sola que el testador tenga en ella. Y lo que se dice de las partes integrantes de una cosa, se aplica a los derechos que tuviere en ella el testador, a menos que aparezca que su ánimo ha sido legarla toda.

Se sigue de lo dicho que no perece el legado de la cosa que el testador enajena, si no es que lo haga con intención de abolir el legado, lo cual se presume siempre que la enajenación es voluntaria.

En tercer lugar se legan las cosas incorporales, v. gr., un crédito o la liberación de una deuda. Si el testador hubiese cobrado, no se extingue el legado del crédito o de la liberación, a menos que el testador lo hubiese hecho con ánimo de abolir el legado, lo que no se presume si el testador compelido en una necesidad exigió el pago, o si el deudor pagó espontáneamente. Puede asimismo imponerse al heredero la obligación de conceder un plazo al deudor.

También es útil el legado de una deuda, esto es, de lo que el testador debe al legatario, con tal que en el legado haya bajo algún respecto más que en la deuda, v. gr., si se lega puramente lo que se debe bajo condición o desde cierto día, o si la acción del legatario se hace más eficaz o más cómoda por medio del legado, lo que debe suceder ordinariamente por la hipoteca que compete al legatario en los bienes del difunto, y porque el legado si es de cantidad determinada hace innecesarias las pruebas. Esta especie de legados no está sujeta a fideicomisos ni a la ley Falcidia, sino en cuanto el legatario se haya hecho más rico por ellos.

Era utilísimo por consiguiente el prelegado de la dote, ya por la utilidad de la representación y anticipación si la dote era pecuniaria, la cual en el caso de no prelegarse se pagaba a tres plazos anuales, mientras que el legado daba el derecho de exigirla inmediatamente, ya por la comodidad de la acción *in rem;* mas por el derecho nuevo el beneficio del prelegado se reduce a que los muebles dotales se restituyan inmediatamente, cuando de otra manera la restitución

no era obligatoria sino en el término de un año, ya que la viuda legataria no es obligada a probar la dote que llevó al matrimonio, si el testador expresa la cantidad. Si el marido lega simplemente la dote que no ha recibido, no vale el legado; pero si expresa cierta cantidad o cierta cosa, o se refiere a la escritura dotal, vale.

En cuarto lugar, o se legan cosas individuales, v. gr., esta o aquella hacienda, o se designa solamente el género de la cosa legada, y algunas veces la cantidad, v. gr., una casa, cien fanegas de trigo. El legado de una cosa individual, que se destruye o deja de estar en el comercio, perece para el legatario no para el heredero, a no ser que sea por culpa de éste o que se haya constituido en mora.

Si el siervo ajeno legado es manumitido por su dueño no es obligado el heredero; pero si el heredero manumite al siervo suyo o le dona y el donatario le manumite, está obligado a su valor aunque ignorase el legado. La manumisión del siervo hereditario legado hecha por el heredero no es válida. Si la cosa legada perece por evicción pasando a poder de su verdadero dueño, y el testador la creyó ajena, el heredero permanece obligado; pero si el testador la creyó suya, el heredero queda libre.

Es de notar también por lo tocante a las cosas individuales que si se legan dos que sean principales, y una de ellas perece en vida del testador, se debe la otra; pero si una es principal y otra accesoria y perece la principal, nada se debe. Los incrementos o decrementos de la cosa legada que se verifican estando vivo el testador, pertenecen siempre al legatario. Si se lega una sierva con su prole y muere la madre, se debe el hijo. Si el siervo ordinario con el siervo vicario, muerto el 1º se debe el 2º. Si el siervo con su peculio, la muerte, manumisión o enajenación del siervo hace desvanecer el legado. Si una hacienda con sus aparejos de labranza y se enajena la hacienda, perece igualmente todo el legado. Asimismo es de notar que legada una colección, v. gr., un rebaño, el incremento pertenece al legatario. Legada la área

o suelo, se debe también la casa construida en ella. Pero legada una casa y construida otra en su lugar, nada se debe.

Si la cosa legada se muda en otra especie, es necesario ver si puede o no restituirse a su primera forma. Si no puede, como cuando de lana se ha hecho un vestido, o de la madera una nave, perece el legado. Pero en el caso contrario, v. gr., si de una masa de oro se ha hecho una copa, no perece.

Pasemos a los legados generales. Los de los géneros supremos son inútiles. Los de los géneros ínfimos, si la forma de las cosas está determinada por la naturaleza, v. gr., un siervo, un caballo, son válidos; si no está determinada de este modo la forma, y el testador no tiene cosa perteneciente al género, el legado es inútil; si se lega pues una casa en general y el testador tiene casas se debe una de las suyas. Si lega vino, aceite, etc., sin determinar la cantidad se entiende lo que de este artículo existe en sus bienes. Pero por derecho canónico y por costumbre, si el testador legase una casa y no tuviese ninguna, se deberá determinar el legado por sus facultades, sus conexiones con el legatario y por otras consideraciones de equidad. La elección en el legado general pertenece al legatario, a menos que la voluntad del testador aparezca diversa; y esta misma regla se sigue cuando se legan disyuntivamente varias cosas. En el legado *per damnationem* la elección es del heredero.

La elección del legatario se entiende con ciertas limitaciones. Primeramente se ciñe a las cosas que se hallan entre los bienes del testador, y si de la especie legada no ha dejado ninguna, es más racional dejar su elección al heredero. En segundo lugar, si el legado es de cosas que constan de peso y medida, la elección es también del heredero, que puede proporcionárselas de donde le parezca, aun cuando las haya entre los bienes hereditarios. En fin ni se permite al legatario escoger lo mejor, si es suya la elección, ni en el caso contrario se permite al heredero dar lo peor. Es propiedad común de los legados de género y cantidad que no se destruyen.

Entre el legado de opción o elección en que el testador da expresamente al legatario la facultad de elegir, y los legados generales ordinarios en que no se da tal facultad, hay esta diferencia, que en el primero puede el legatario elegir lo mejor, pero no le es lícito alterar la elección que una vez haya hecho. Y si acerca de ella difieren los colegatarios o coherederos del legatario, se elegirá por suerte.

Finalmente se legan también los hechos, y el heredero es obligado a prestarlos. Pero si fuesen inhonestos sería nulo el legado.

Entre los conjuntos o colegatarios de una misma cosa se verifica el derecho de acrecer. Se entiende faltar uno de los conjuntos si al tiempo de hacerse el testamento no existió, o murió en vida del testador, o repudió el legado, o no verificó la condición, o de cualquier otro modo se hizo incapaz. Si sobrevive al testador aunque sea por un solo momento, y el legado no tiene condición ni día, lo trasmite a los suyos.

Los colegatarios de una cosa, o están unidos solamente de hecho, que es cuando son llamados a ella en cláusulas diversas, en cuyo caso se les suele llamar disyuntos, o solamente están unidos de palabra, que es cuando se les lega una misma cosa en una misma cláusula [1], v. gr., lego mi hacienda a Ticio y Sempronio. Si se legase la hacienda destinando partes diferentes a cada uno de los legatarios, no estarían ya unidos en una misma cosa.

Las reglas relativas al acrecimiento de los legados son éstas: 1ª si la conjunción es [2] de palabra [3], faltando uno de los colegatarios acrece su porción a los otros; 2ª si [4] es de hecho, la porción vacante acrece a todos, pero de tal manera que los conjuntos de palabra [5] se reputan por una sola (persona) [6]; 3ª a los conjuntos de palabra [7] acrece la porción

[1] 1843 agrega: pero con una tácita separación de parte (COMISIÓN EDITORA, CARACAS).
[2] 1843 agrega: solamente (COMISIÓN EDITORA, CARACAS).
[3] 1843 agrega: o de hecho y palabra juntamente (COMISIÓN EDITORA, CARACAS).
[4] 1843 agrega: solo (COMISIÓN EDITORA, CARACAS).
[5] 1843 agrega: y hecho (COMISIÓN EDITORA, CARACAS).
[6] 1843 suprime: persona (COMISIÓN EDITORA, CARACAS).
[7] 1843 agrega: o de palabra y hecho (COMISIÓN EDITORA, CARACAS).

vacante si quieren y con el gravamen afecto a ella; a los conjuntos de hecho acrece dicha porción aunque no quieran, pero sin gravamen alguno.

Notaremos de paso que entre los coherederos el acrecimiento se verifica por necesidad, y por tanto aun sin su voluntad y conocimiento, y con todo el gravamen a que está afecta la porción vacante; pero entre los colegatarios se verifica sólo por la voluntad presunta del testador, el cual, si lo tiene por conveniente, puede disponer que recaiga la porción vacante en el heredero. En unos y otros el acrecimiento es a prorrata de la porción a que son llamados, y los conjuntos propiamente dichos, esto es, los que lo son de palabra [1] se deben reputar por una sola persona [2]. Lo que se dice de los herederos se aplica a los poseedores de bienes y fideicomisarios universales, y lo que se dice de los legatarios a los fideicomisarios singulares y a los donatarios por causa de muerte.

Puede legarse puramente, hasta cierto día, desde cierto día bajo condición, y con demostración, causa o modo. El día del legado puro cede y viene desde la muerte del testador, menos en el legado del usufructo, uso, habitación y libertad, cuyo día cede sólo desde la adición de la herencia, porque estos legados no se trasmiten a los herederos de los legatarios. Cede el día de un legado cuando empieza a deberse, y viene cuando puede pedirse.

Si el legado es hasta cierta época determinada, cede y viene su día como si fuese puro; pero si es desde una época cierta, o que necesariamente ha de existir, cede el día desde la muerte del testador, mas no viene hasta llegar la época dicha, y si desde una época incierta, ni cede ni viene antes que ella, porque en este caso la época es equivalente a una condición.

En los legados condicionales cede y viene el día cuando la condición existe, y no se trasmiten a los herederos antes

1 1843 agrega: o de palabra y hecho (Comisión Editora. Caracas).

2 1843 agrega: Pero en la herencia hay que notar además, que si falta alguno de los conjuntos propiamente dichos, el derecho de acrecer corresponde a los que están expresamente unidos con él. (Comisión Editora. Caracas).

de verificarse la condición, y si el legatario, mientras que ésta se halla pendiente, sale de la potestad ajena, los adquiere para sí.

Demostración es lo que se añade para designar con más certidumbre el legado; y mira generalmente al tiempo pasado, mientras la condición pertenece al futuro. La falsa demostración no vicia el legado, y por consiguiente tampoco lo vicia el error que el testador haya padecido en el nombre.

La causa falsa no daña el legado, a menos que el heredero pueda probar que si el testador no la hubiese creído verdadera no habría dejado el legado, pues entonces compete al heredero la excepción *doli mali.*

Se lega *sub modo* cuando se expresa el fin con que se lega. En este legado cede y viene inmediatamente el día, con tal que el legatario preste seguridad de que cumplirá la intención del testador.

Se prohiben los legados captatorios; pero se sostienen los penales, a no ser por causa ilícita, v. gr., si mi heredero no hiciese matar a Ticio, pagará mil pesos a Sempronio.

Título 21

De la revocación y traslación de los legados

Dig. Lib. 34, tít. 4º (b)

Los legados en virtud de estar igualados con los fideicomisos pueden revocarse y trasferirse no sólo con las solemnidades del testamento, mas también sin ellas, y por consiguiente en codicilo.

La revocación del testador invalida los legados, ya *ipso jure*, ya proporcionando una excepción al heredero. *Ipso jure*, cuando se revocan expresamente en testamento o en codicilo, o cuando se revocan de hecho, sea borrando el legado, sea destruyendo la cosa legada, sea dándole nueva forma

(b) L. 39 y siguientes del T. 6º de la P. 6a.

de la que no puede restituirse a la primera, sea donándola, sea en fin cobrando sin necesidad la cosa legada. Por medio de una excepción, cuando hay claros indicios de la mutación de voluntad del testador, v. gr., si se suscita una enemistad capital entre él y el legatario y no ha sido seguida de reconciliación, o si el testador en escritura o a presencia de dos testigos ha significado una voluntad contraria.

Se trasfieren los legados, ya mudando la persona que debe prestar el legado, ya mudando la que ha de recibirlo, ya sustituyendo a la cosa legada otra diferente, ya modificando el legado, v. gr., haciendo condicional lo que era puro o viceversa. En el primer caso son necesarios cinco testigos, sin cuya formalidad se revocaría ciertamente el legado, pero no se trasferiría.

Los legados se extinguen también sin voluntad del testador: 1º si el legatario muere antes que el testador y no hay legatario conjunto; 2º si muere antes de existir la condición; 3º si la cosa ajena legada ha venido a poder del legatario por causa lucrativa antes de la muerte del testador; 4º si la cosa legada perece sin culpa del heredero; 5º si el testamento se rompe o se hace nulo, pero no si se rescinde; y 6º si no se verifica la condición.

Título 22

De la ley Falcidia

Dig. Lib. 33, tít. 2º - Cód. Lib. 6º, tít. 50. Novel. 1 (c)

La ley Falcidia fue propuesta al pueblo por el tribuno Publio Falcidio el año 713 de Roma. En ella se dispuso que no se pudiese legar por más que los tres cuartos de los bienes, y que si se pasase de este límite se rebajasen los legados a prorrata para que el heredero retuviese íntegra la cuarta parte; disposición que tuvo lugar por la ineficacia de las

(c) T. II. P. 6.

leyes anteriores Furia y Voconia que también limitaron los legados.

La ley Falcidia no restringió solamente los legados, sino por interpretación de los jurisconsultos, los fideicomisos singulares aunque algunos creen que esta última restricción fue introducida cien años después por el senadoconsulto Pegasiano. Una constitución de Severo extendió la ley Falcidia a las donaciones *mortis causa;* lo que se aplicó igualmente a las donaciones entre marido y mujer que se confirman por la muerte. En fin el senadoconsulto Pegasiano la hizo extensiva a las herencias fideicomisarias.

El beneficio de esta ley corresponde no sólo al heredero testamentario sino al legítimo por constitución de Antonino Pío, pero no al legatario ni al fideicomisario. La ley da a los herederos una acción *in rem* para repetir la cuarta Falcidia.

En virtud de esta ley todos los herederos tienen derecho colectivamente a la cuarta de toda la herencia si son conjuntos de palabra; si lo son de hecho, cada uno tiene derecho [1] [2] a la cuarta de la porción en que ha sido instituido. Si de dos porciones hereditarias, una gravada y otra libre [3], la una se agrega a la otra por sustitución o acrecimiento, el heredero que queda tiene derecho a la cuarta de la porción gravada, si ésta es la que acrece a la libre; pero no en el caso contrario. Si las dos porciones son libres o gravadas, la resolución no puede ofrecer dificultad. Lo dicho se aplica al caso en que el coheredero haya fallecido después que el testador; pues si falleció antes, no hay más que una cuarta de toda la herencia [4].

[1] 1843 falta: si son conjuntos de palabra; si lo son de hecho, cada uno tiene derecho (Comisión Editora. Caracas).

[2] 1843 agrega: y cada heredero (Comisión Editora, Caracas).

[3] 1843 falta: una gravada y otra libre (Comisión Editora, Caracas).

[4] 1843 cambia el texto por el siguiente: la parte vacante goza el beneficio de la 4ª Falcidia, pero su acrecimiento favorece a los legatarios de la parte ocupada. Mas la parte vacante no goza el beneficio de la ley sino cuando su heredero ha fallecido después que el testador. En el caso contrario deben prestarse íntegros todos los legados por el heredero aceptante, quedándole salvo el cuadrante de todas las porciones hereditarias que le tocan. (Comisión Editora. Caracas).

Es una regla de derecho que en el testamento del padre y del hijo, *primis et secundis tabulis,* esto es, en el caso de la sustitución pupilar, hay una sola Falcidia.

Para la deducción de la Falcidia se atiende al valor del patrimonio al tiempo de la muerte. Por lo que el aumento o diminución que recibe la herencia antes de la adición, favorece o perjudica al heredero. Mas esto se entiende si no provienen de una causa anterior a la muerte del testador, v. gr., un contrato celebrado por éste.

Para el cómputo de la Falcidia se deducen primeramente las expensas funerales, luego las deudas, precio de los siervos tanto propios como ajenos, y todo gasto ocasionado por la herencia [1] antes de la adición. Se deducen asimismo los gastos hechos para la aceptación de la herencia, y entre las otras deudas la del testador al heredero, no confundiéndose las acciones de ambos ni aun después de la adición de la herencia, si el heredero ha hecho inventario. No se imputa a la cuarta Falcidia, sino lo que el heredero ha recibido a título de institución, no los legados.

No tiene lugar la Falcidia en el testamento militar, ni cuando el heredero ha dejado de hacer inventario, ni cuando el testador se la ha dado en vida. Están exentas de ella: 1º la dote prelegada, excepto en cuanto a la anticipación o representación del pago; 2º las libertades; 3º las mandas piadosas; 4º las cosas legadas que el testador prohibe enajenar, y por la Novela 1ª todas aquellas en que el testador ha prohibido expresamente al heredero el beneficio de la Falcidia; 5º las que el heredero, muerto el testador, ha prometido prestar íntegras; 6º las que el heredero ha querido sustraer dolosamente; y 7º lo que se da para completar las legítimas. Si el heredero da espontáneamente o por ignorancia de derecho un legado íntegro, no tiene condición para repetir la Falcidia.

[1] 1843 agrega: y como contratado por ella (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

TÍTULO 23

De las herencias fideicomisarias

Dig. Lib. 36, tít. 1º - Cód. Lib. 6º, tít. 42 y 49. Nov. 39 y 108 (d)

Fideicomiso es todo aquello que somos rogados a dar o hacer por la última voluntad de una persona; es universal llamado también herencia fideicomisaria, cuando se nos ruega que restituyamos toda la herencia o parte de ella; y singular cuando se deja una cosa determinada.

En los primeros tiempos los fideicomisos no obligaban en derecho. Augusto ordenó a los cónsules interponer su autoridad para hacerlos cumplir. Después se dio también este encargo a un pretor que conocía de los fideicomisos que no pasaban de cierta suma, reservándose a los cónsules la jurisdicción en los demás casos.

Para dejar fideicomisos se necesita la testamentifacción activa, y para recibirlos la pasiva. Pueden imponerse a todos aquellos a quienes ha de llegar la herencia de cualquier modo, esto es, sea que les llegue directa u oblicuamente, por testamento o *ab intestato*, por derecho civil u honorario. Los autores restringen a cuatro grados las sustituciones fideicomisarias.

En todo fideicomiso se deben distinguir tres personas: el fideicomitente que lo deja; el fiduciario que lo recibe con encargo de restituirlo, y el fideicomisario a quien se restituye. La restitución puede encargarse expresa o tácitamente, y no se exige más formalidad que cinco testigos, a no ser que al tiempo de morir se fideicomita de viva voz al heredero, en cuyo caso vale el fideicomiso sin testigos; y se puede deferir el juramento al fiduciario, prestando previamente el de calumnia. Si el fiduciario rehusa jurar es condenado a la restitución.

(d) L. 14. T. 5. P. 6 y L. 8. T. 11, de la misma.

Las herencias fideicomisarias a diferencia de las directas pueden dejarse hasta y [1] desde cierto día.

Por el senado-consulto Trebeliano se estableció (en tiempo de Nerón) que si se restituye la herencia por causa de fideicomiso, todas las acciones que competían a y contra el heredero, competiesen a y contra aquél a quien se restituya la herencia; y en el senadoconsulto Pegasiano (del tiempo de Vespasiano) se dispuso que el fiduciario pudiese retener la cuarta parte de la herencia de la misma manera que en los legados; y que si alguno despreciando este lucro no quisiese aceptar, fuese obligado a la adición y restitución sin emolumento alguno. El que tenía pues salva la cuarta restituía conforme al senadoconsulto Trebeliano, y en este caso se daban las acciones hereditarias a prorrata de las porciones que tocaban al uno y al otro. Mas el que no tenía salva la cuarta, la retenía por el senado-consulto Pegasiano, siendo entonces el fideicomisario como un legatario parciario, y permaneciendo por tanto las obligaciones de la herencia en el heredero fiduciario; por lo que solían interponerse entre ellos las estipulaciones que entre el heredero y el legatario parciario, para que el lucro o daño de la herencia se dividiese entre ellos a prorrata. Justiniano refundió ambos senado-consultos ordenando: 1º que el heredero fiduciario conservase siempre salva la cuarta, o la reclamase si por error de hecho hubiese prestado más de lo justo, imputándose a ella todo lo que bajo cualquier título hubiese recibido del difunto, y aun los frutos percibidos antes de la restitución; y esta cuarta llamada Pegasiana se denominó Trebeliánica; 2º que las obligaciones tanto activas como pasivas se repartiesen entre ambos a prorrata; 3º que pudiese el fiduciario ser compelido a la adición de la herencia.

No tiene lugar la Trebeliánica en los mismos casos que no lo tiene la Falcidia, y además cuando el heredero ha sido compelido a la adición.

1 1843 falta: hasta y (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

Título 24

De los fideicomisos singulares (e)

La diferencia entre éstos y los legados en el derecho de Justiniano es de pura fórmula; deben con todo notarse las excepciones siguientes: 1ª la libertad legada compete inmediatamente y no confiere el patronato al heredero; la fideicomisaria se recibe del heredero y lo hace patrono; 2ª no se puede legar la libertad del siervo ajeno, pero puede fideicomitirse, en cuyo caso si no puede comprarse el siervo inmediatamente para manumitirlo, queda en suspenso el fideicomiso para cuando pueda llevarse a efecto; y 3ª no pueden dejarse legados sino a presencia de cinco testigos por lo menos; pero los fideicomisos pueden dejarse aun sin testigo alguno si pueden probarse de otro modo.

Título 25

De los codicilos

Dig. Lib. 29, tít. 7º -- Cod. Lib. 6º, tít. 36 (f)

El codicilo es la voluntad menos solemne de los testadores e intestados. Los codicilos eran al principio epístolas escritas por lo común a personas presentes, y no empezaron a ser obligatorios hasta el tiempo de Augusto.

Pueden ser escritos o nuncupativos. Además pueden ser de testados o intestados. En el primer caso los codicilos pertenecen al testamento y subsisten o perecen con él, aunque no estén expresamente confirmados, y sea que se hayan hecho antes o después del testamento. Entre los codicilos nomina-

(e) T. 9. P. 6.
(f) T. 12. P. 6.

damente confirmados y los que no lo son de este modo, hay esta diferencia, que los primeros tienen el mismo valor que el testamento, excepto en materia de herencia directa. En los codicilos posteriores no puede ni quitarse la herencia, ni sustituirse ni hacerse condicional la pura o viceversa; pero puede legarse, puede donarse *mortis causa,* pueden imponerse fideicomisos universales o singulares, y pueden revocarse los fideicomisos testamentarios *ipso jure,* y los legados por medio de la excepción *doli mali.*

Los codicilos anteriores en sentir de Papiniano no valían, si no eran confirmados expresamente por voluntad especial en testamento o codicilo, pero por constitución de Antonino y Severo vale el fideicomiso impuesto por codicilo anterior, siempre que no aparezca que el testador ha mudado de voluntad; por lo que el *onus probandi* que antes incumbía al fideicomisario, incumbió después al heredero.

Si no hay testamento, los codicilos hacen veces de tal. Mas para que valgan como codicilos es menester que el testador no haya querido que valiesen como testamento, a menos que añada: que si aquella su última voluntad no vale como testamento, valga como codicilo, o del modo que más haya lugar en derecho.

Esta cláusula codicilar no sana el defecto de las solemnidades internas, v. gr., la preterición de los hijos, ni el defecto del estado o voluntad del testador, ni el de la destitución del testamento. Pero en la práctica del foro suele darse mucho más valor a esta cláusula, sosteniéndose por ella el testamento en que ha sido preterido el hijo, o que ha sido roto por un póstumo (si el testador sabía tenerlo) ; y destruido el testamento puede pedirse el fideicomiso a los herederos legítimos. Añaden los escritores prácticos que la cláusula codicilar se entiende siempre aunque no se exprese.

Sólo puede hacer codicilos el que puede hacer testamento, y puede hacer cuantos quiera, bastando para el valor de cada uno la unidad del acto y la presencia de cinco testigos, aunque sean mujeres y no hayan sido especialmente rogados.

LIBRO TERCERO

Título 1º

Herencia ab intestato

Cuando no existe testamento, o éste se invalida, tiene lugar la *sucesión legítima* o *ab intestato.*

El modo de esta sucesión por derecho antiguo fue diferente del de la sucesión por derecho nuevo, según la Nov. 118. Después que expongamos brevemente la historia del derecho antiguo, trataremos extensamente del modo nuevo de suceder.

El fundamento de la sucesión antigua fue la conservación de las familias. Estas se consideraron como cierta corporación, de la que siendo el padre de familia el príncipe, los hijos y los agnados gozaban del derecho de un *dominio común.* Por tanto solamente sucedían aquellos que eran parte de la familia, mas no los emancipados ni cognados.

Siendo los *herederos suyos* los más próximos en la familia, y considerándose en vida del padre como dueños y *herederos per se,* estableció la ley de las Doce Tablas *que si muere intestado alguno que no tenga heredero suyo, el agnado próximo tenga la familia.*

Eran pues herederos primeramente los *hijos suyos,* así naturales como adoptivos y los próximos en grado sucedían en cabeza, y los más remotos en estirpe; mas no los emancipados o emancipadas, a quiénes el pretor llamaba por equidad a la posesión de los bienes con el edicto *unde liberi.*

Título 2º

Legítima sucesión de los agnados

Dig. Lib. 38, tít. 16. — Cód. Lib. 6º, tít. 58

Siendo los agnados de la misma familia y nombre, la ley de las Doce Tablas llamaba, no existiendo hijos, a los *próximos agnados.*

De lo que se seguía que solamente sucediesen los agnados, mas no los cognados; y entre aquéllos los varones *in infinitum* y las hembras hasta las hermanas; bien que el pretor llamaba a las más remotas con el

edicto *unde cognati*. Que los agnados naturales tuviesen el mismo derecho que los adoptivos, que el más próximo siempre excluyese al más remoto, y por tanto no tenía lugar el derecho de representación, ni repudiando el más próximo se admitía al más remoto; pero el pretor llamó después a éstos por el edicto *unde cognati*, y Justiniano los admitió de pleno derecho.

El padre no sucedía a su hijo, porque el hijo de familia no tenía nada propio por derecho antiguo. Así no sucedía al emancipado como agnado, sino por derecho de patronato como manumisor del hijo. La madre, como no se contaba entre los agnados, no sucedía a los hijos, ni tampoco éstos a la madre; mas el pretor llamó después a unos y otros, primeramente por el edicto *unde cognati*, y después por los senados consultos *Tertuliano y Orficiano*.

TÍTULO 3º

Senadoconsulto Tertuliano

Dig. Lib. 38, tít. 17. — Cód. Lib. 6º, tít. 56

Mandóse por el senadoconsulto *Tertuliano* en tiempo del emperador Adriano que la madre (no la abuela) ingenua que tiene derecho de tres hijos, y la libertina de cuatro, fuese admitida ab intestato a la sucesión de los bienes de los hijos o hijas, ya legítimos, ya de padres inciertos, con tal que si la madre estuviese en poder de alguno adhiera por su mandato.

Por tanto no sucedían todas las madres, sino las que tenían derecho de hijos, ni sucedían a todos los hijos sino a los intestados que no dejaban hijos, pues éstos preferían a la madre, ni tampoco siempre, sino en falta de los más cercanos. Eran preferidos a la madre los nietos del hijo o hija difuntos, el padre, los hermanos de padre y madre y consanguíneos, mas no las simplemente hermanas, las cuales se admitían junto con la madre, y con los hermanos consanguíneos. Justiniano alteró esto, pues aunque la madre tuviese pocos o ningunos hijos, era admitida junto con los hermanos y hermanas del difunto; con aquéllos en la parte viril, con éstas en la mitad.

TÍTULO 4º

Senadoconsulto Orficiano

Dig. Lib. 38, tít. 17. — Cód. Lib. 9º, tít. 57

Sucediendo la madre a los hijos, pareció justo que éstos sucediesen a aquélla, porque los derechos de la sucesión regularmente son recíprocos.

Y así se mandó por el senadoconsulto *Orficiano* en el año 931 de la

fundación de Roma, siendo cónsules *Vetio* y *Juliano Rufo* y *Cornelio Scipión Orfito,* pues el senado juzgó que la herencia legítima de la madre ingenua o libertina se diese ab intestato así a los hijos legítimos como a los de padres no conocidos, aunque sujetos a la potestad de otro cuyo derecho no se extinguía ni aun por la *capitis diminución.*

Esto se extendió después por las constituciones de los príncipes a los nietos y nietas.

Título 5º

Sucesión de los cognados

A falta de agnados eran llamados por la ley de las Doce Tablas los gentiles, mas no los cognados. Ella mandó: *que si no había agnado, los gentiles tuviesen la familia.*

Pero el pretor a falta de agnados llamó a la sucesión, por el edicto *unde cognati* aun a los cognados del séptimo grado; esto es, a los que tienen el parentesco por línea femenina, entre los cuales se numeran los agnados que han padecido *capitis diminución* mínima, y los hijos de padres no conocidos.

Título 6º

Grados de los cognados

Dig. Lib. 38, tít. 10º

Dándose esta posesión de bienes hasta un grado determinado, Justiniano trata aquí de la computación de los de la cognación; pero ya hemos explicado esto en el título de las nupcias.

Título 7º

Cognación servil

Dig. Lib. 38, tít. 2º — Cod. Lib. 6º, tít. 4º

Aunque la cognación servil fuese impedimento para las nupcias, sin embargo no tenía lugar en las sucesiones, a pesar de que el cognado o cognada de condición servil fuesen manumitidos. De aquí fue v. gr. que la esclava manumitida con hijos, no sucediese a éstos por el senado-consulto Tertuliano, ni que fuese llamada a la posesión de los bienes por el edicto *unde cognati.*

Mas Justiniano estableció por una constitución que ya no existe, que los padres sucediesen a los hijos, y los hijos a los padres después de la manumisión; y que prefiriesen a los patronos, a semejanza de la sucesión admitida entre padres e hijos legítimos.

Título 8º

Sucesión de los libertos

Dig. Lib. 38, tít. 2º

Haciendo el patrono respecto del liberto las veces de padre, o de agnado, era consiguiente que aquél sucediese a éste.

Acerca de lo cual mandaron las leyes de las Doce Tablas: *que si moría intestado el liberto que no tenía heredero suyo, pero existía patrono o hijos de éste, los bienes de esta familia se diesen al más próximo de ella.*

Sucedían pues el patrono, y muerto éste antes, sus hijos próximos que sobreviviesen, cesando aquí el derecho de representación y como esta sucesión era ab intestato, el patrono era legítimamente excluido por el testamento del liberto; pero sólo en el caso que éste no dejase herederos suyos.

Excluido el patrono en el testamento, el pretor le daba la posesión de los bienes *contra tabulas* hasta la mitad de la herencia, con tal que el liberto no dejase hijos naturales. Si existían adoptivos, y el liberto moría intestado, también daba la posesión de la misma mitad de los bienes.

Después se mandó por la ley Papia Popea, que si el liberto testado o intestado dejase cien mil sextercios y menos de tres hijos, se debiera al patrono la parte viril en calidad de legítima.

Finalmente Justiniano estableció que si el liberto no era centenario pudiese excluir al patrono en el testamento; pero que si moría intestado y sin hijos, el patrono fuese heredero legítimo. Que si era más que centenario, sus hijos fuesen preferidos a los patronos; y no existiendo aquéllos, éstos heredasen ab intestato; mas excluidos en el testamento, consiguiesen la tercera parte de la posesión de los bienes, o si se les hubiese dejado menos en el testamento, el déficit se les llenase por la constitución de Justiniano.

Título 9º

Asignación de los libertos

Dig. Lib. 38, tít. 4º

Aunque los hijos de los patronos próximos en grado sucediesen ab intestato a los libertos lo mismo que los patronos, con todo, éstos podían según el senadoconsulto publicado a los 798 años de la fundación de Roma en tiempo de los cónsules *Veleyo Rufo* y *Ostorio Scapula*, asignar en testamento o sin él por único patrono del liberto a uno de sus hijos o nietos de cualquier sexo.

Teniéndose por único patrono aquel que había sido asignado al liberto, se siguió que él solamente sucediese en los bienes del liberto con exclusión de los hermanos, y muerto él, sus hijos; y que los demás hermanos, no tuviesen ningún derecho en los bienes del liberto, a no ser que muriese sin hijos aquel a quien se había hecho la asignación.

Título 10

Posesión de bienes

Dig. Lib. 37, tít. 1º

Todas las acciones universales de que se ha tratado hasta aquí, nacen de las leyes civiles. Síguese la sucesión pretoria, la cual es el segundo modo universal de adquirir. Como el pretor alteró muchas cosas so pretexto de equidad, sagazmente inventó una nueva palabra; y para que no pareciese que trastornaba las leyes de la sucesión dijo que no daría la herencia, sino la *posesión de los bienes.*

Por tanto, la posesión de los bienes no es otra cosa, que el derecho concedido por beneficio del pretor para perseguir y retener la herencia que no se debe por derecho civil.

La posesión de los bienes es o *edictal,* y se concede sin conocimiento de causa a ciertas personas nombradas en el edicto, o *decretal,* la que se da extraordinariamente por decreto del pretor, conociendo de la causa *pro tribunali.*

La edictal se da o por edicto del pretor, o por la ley, senadoconsulto, o constitución del príncipe. La primera se llama ordinaria; la segunda, extraordinaria.

La ordinaria, a ejemplo de la sucesión civil, o se da por testamento o ab intestato; y en el primer caso, o según o contra las tablas.

Si existe el último testamento signado a lo menos por siete testigos, el pretor da la posesión de los bienes según las tablas a los herederos escritos en el testamento, mas no a los nuncupativos, acerca de los cuales se estableció después otra cosa.

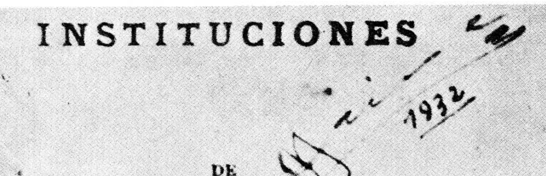
Dábase la posesión contra las tablas principalmente a los hijos naturales y adoptivos emancipados no instituidos ni desheredados por el padre, sino preteridos.

Ab intestato había cuatro grados principales de posesión de bienes: El primero nacía del edicto *unde liberi;* el segundo del edicto *unde legitimi;* el tercero del edicto *unde cognati;* el cuarto del edicto *unde vir et uxor.*

Por el edicto *unde liberi,* el pretor llama a los emancipados juntamente con los suyos, a quienes las leyes civiles no concedieron derecho de suceder.

Por el edicto *unde legitimi* eran llamados todos los agnados que, pudiendo ser herederos según las leyes, pedían esta posesión de bienes.

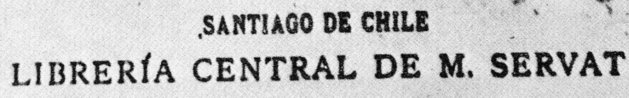
INSTITUCIONES



DE

DERECHO ROMANO

CUARTA EDICION



SANTIAGO DE CHILE
LIBRERÍA CENTRAL DE M. SERVAT
ESQUINA HUÉRFANOS I AHUMADA

1890

Facsímil de la portada de la edición de 1890, de las *Instituciones de Derecho Romano*. Aunque dice cuarta edición, en realidad es la quinta.

Admítense por el edicto ***unde cognati*** los parientes por personas del sexo femenino, próximos en grado, que no podían suceder por derecho civil. En este caso se admitía el edicto sucesorio, por el cual, no pidiendo uno de los hijos dentro del tiempo legítimo su porción, acrecía a los demás; no pidiendo los hijos y padres, entraban los próximos agnados con el mismo derecho de acrecer; no pidiendo éstos, los agnados más remotos; no pidiendo éstos, los cognados, y así sucesivamente.

A falta de cognados el pretor llamaba al marido y a la mujer con el edicto ***unde vir et uxor***, con tal que al tiempo de la muerte viviesen en legítimo matrimonio.

El tiempo dentro del cual piden los hijos y los padres la posesión de los bienes, es un año útil; a los demás solamente se conceden cien días útiles.

TÍTULO 11

Adquisición por arrogación

El padre de familia pasaba por la arrogación a la patria potestad de otro; y como el padre por antiguo derecho adquiría indistintamente por medio del hijo, se siguió que el arrogador adquiriese de pleno derecho todas las cosas corporales e incorporales y los créditos del hijo.

Siendo la arrogación una *capitis diminución,* fue consiguiente que no adquiriese el arrogador aquellos derechos que se extinguían por la *capitis diminución,* como las obligaciones de las obras oficiales debidas al patrono, el derecho de agnación, y antiguamente el uso y el usufructo; lo que alteró Justiniano.

Como las obligaciones no pasan de la persona, resultaba que el arrogador no podía ser demandado *ipso jure* por la deuda del hijo.

Habiéndose alterado por las leyes modernas el derecho de adquirir por medio de los hijos, Justiniano estableció con bastante fundamento que el arrogador solamente tuviese, vivo el hijo arrogado, el usufructo de los bienes adventicios, y que pudiese ser demandado por los acreedores del hijo en nombre de éste. Si rehusase defenderle los acreedores pueden tomar posesión de los bienes en que el padre tiene el usufructo.

TÍTULO 12

Personas a quienes se entregan los bienes a causa de libertad

El cuarto modo universal de adquirir es la entrega de los bienes con el fin de conservar las libertades; y fue establecido por rescripto del emperador Marco.

Cuando algún testador quebrado manumitía algunos siervos en su testamento, y ninguno quería ser heredero testamentario, era preciso vender los bienes, porque las libertades no subsistían según los principios de rigoroso derecho.

Mas el emperador Marco permitió, que a fin de sostener las libertades, se entregasen todos los bienes o a los siervos manumitidos, o a uno de ellos, o a un extraño, con tal que éste prestase fianza de que pagaría a los acreedores todo lo que se les debe. Hecho esto, los siervos serán manumitidos en virtud del testamento.

TÍTULO 13

Abolición de las sucesiones que se adquirían por la venta de bienes y por el senadoconsulto Claudiano

Cód. Lib. 7º, tít. 24

El quinto modo universal de adquirir era la cesión de bienes.

Cuando algún deudor no tenía con qué pagar, los acreedores tomaban posesión de sus bienes, y el pretor encargaba a una persona que los vendiese y entregase todos al comprador, el cual debía como sucesor universal o pagar a los acreedores todos sus créditos, o transigir con ellos. Pero hoy, cesando la sucesión universal por medio de la venta, los acreedores toman posesión de los bienes según el edicto, y pueden venderlos del modo que tengan por conveniente.

El último modo universal de adquirir era por el senadoconsulto Claudiano. Este senadoconsulto mandó que la mujer libre entregada al amor de un esclavo, y amonestada tres veces aun persistía en el contubernio, se hiciese por adjudicación del pretor esclava del amo del siervo.

Como los siervos y las esclavas no tenían nada propio, sino que todo lo que adquirían era para los amos, es claro que todos los bienes de dicha mujer pasaban al dominio del amo.

Mas Justiniano extinguió este modo de adquirir como indigno de sus tiempos.

Tal era la sucesión antigua así civil como pretoria; pero no siendo ya hoy casi de uso alguno semejantes modos universales de adquirir, pasamos a tratar de la sucesión moderna **ab** intestato inventada y establecida por Justiniano.

APÉNDICE

Sucesión ab intestato según la Novela 118

Los antiguos, según se ha visto [1], atendían en la sucesión ab intestato al estado de la familia, y sólo admitían a la herencia a aquellos que al tiempo de la muerte del testador estaban bajo su potestad; pero Justiniano siguió un principio muy diverso, y quiso que sucediesen las personas a quienes es presumible que hubiese amado más el difunto. Hay pues tres órdenes de sucesión: la de los descendientes; la de los ascendientes; y la de los colaterales. También se admite subsidiariamente a los cónyuges, y en último lugar al fisco, cuando no hay heredero alguno.

Todos los descendientes legítimos suceden indistintamente a sus padres sin diferencia entre varones y hembras, suyos y emancipados, de primero y ulterior grado. La sucesión de ellos está sujeta a [2] las reglas siguientes: 1ª si sólo hay hijos de primer grado suceden por cabeza, esto es, se hacen tantas porciones cuantos son los hijos; 2ª si sólo hay hijos de grados ulteriores, todos ellos suceden por estirpes; y 3ª si al mismo tiempo hay hijos del primer y ulterior grado, aquéllos suceden por cabezas y éstos por estirpes.

Los hijos legitimados por subsiguientes matrimonios tienen los mismos derechos que los legítimos; y los legitimados por prescripto del príncipe, sólo gozan de la herencia pa-

[1] 1843: falta "según se ha visto". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
[2] 1843: reemplaza "La sucesión de ellos está sujeta" por "Con respecto a estos últimos deben notarse". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

terna cuando no hay legítimos, y se les ha concedido expresamente este privilegio. Pero aun en este caso [1] debe quedar siempre salva a los legítimos la porción que la ley les señala.

Los adoptivos mientras están bajo la potestad paterna suceden siempre al padre; mas no a la mujer de éste ni a sus descendientes.

Los espurios, aunque no suceden a su padre tienen el mismo derecho que los legítimos con respecto a los bienes de la madre, a menos que ésta sea de condición ilustre: los naturales suceden juntamente con los legítimos en la herencia materna; y en la paterna, si no hay hijos legítimos, tienen derecho a una sexta parte de los bienes que deberán dividir con la madre. Los incestuosos nada perciben ni aun de la herencia de la madre.

Sucesión de los ascendientes

La sucesión entre ascendientes y descendientes es ordinariamente recíproca, con la única diferencia que en aquéllos no tiene lugar el derecho de representación. Las reglas relativas a esta sucesión son las siguientes: 1ª entre los ascendientes los más próximos excluyen a los más remotos, y si son de la misma línea, dividen la herencia por cabezas; 2ª si sólo quedan ascendientes ellos sólo son herederos; mas si el difunto tuvo al mismo tiempo hermanos y hermanas por parte de padre y madre, o hijos de ellos, son admitidos juntamente; de modo que los padres suceden por línea, los hermanos y hermanas por cabezas y sus hijos por estirpes; 3ª si sólo hay ascendientes e hijos de hermano o hermana, éstos son siempre excluidos por aquéllos.

Con respecto a la sucesión de los ilegítimos, debe advertirse que es siempre recíproca lo mismo que en los demás casos; y por lo que toca a la de los adoptivos [2], en la adop-

1 1843: dice: En el caso contrario. (Comisión Editora. Caracas).

2 1843 dice: 'excepto" en vez de "y por lo que toca a la de los adoptivos." (Comisión Editora. Caracas).

ción menos plena [1] el adoptante no sucede ab intestato al hijo adoptivo.

Sucesión de los colaterales

A falta de los ascendientes son llamados los colaterales, y su sucesión se verifica bajo las siguientes reglas: 1ª los hermanos y hermanas de padre y madre y sus hijos excluyen a los demás colaterales, aquéllos suceden por cabezas y éstos por estirpes en virtud del derecho de representación; 2ª si existen sólo hijos de hermanos y hermanas de padre y madre, suceden por derecho propio, y son admitidos por cabezas. Es pues regla general que en los colaterales el derecho de representación no sale del segundo grado; 3ª no habiendo hermanos germanos [2] ni hijos de ellos, son llamados los unilaterales, o medios hermanos, ya sean consanguíneos, ya uterinos, con el mismo derecho que los que lo son de padre y madre y sus hijos. En esta sucesión no se hace diferencia entre los bienes paternos y maternos, porque tan pronto como estos bienes pasaron al difunto, se confundieron de tal modo que expiró toda desigualdad; 4ª no habiendo hermanos, ni hermanas, ni hijos de ellos, son llamados a la herencia los demás colaterales, ya sean varones o hembras, agnados o cognados, excluyendo siempre los más próximos a los más remotos, y admitiéndose a un mismo tiempo por cabezas a los de igual grado.

Sucesión de los cónyuges

Los cónyuges son también admitidos entre los demás herederos en caso de ser pobres y el difunto rico. Si estos herederos son más de tres, los cónyuges reciben una parte igual a la suya, y en el caso contrario la cuarta de todos los bienes. Si estos herederos son hijos del difunto, sólo adquie-

1 1843 agrega: "en que". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
2 1843 dice: "carnales". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

ren el usufructo y no la propiedad de la porción que les ha tocado.

Si el cónyuge sobreviviente pasa a segunda nupcias, debe reservar en favor de los hijos del primer matrimonio todo lo que hubiere adquirido del cónyuge difunto; pero las adquisiciones hechas por medio de sus hijos sólo están sujetas a esta reserva, si hubiese sido por sucesión ab intestato. No hay necesidad de esta reserva cuando no ha habido hijos en el primer matrimonio, o han muerto antes que la madre. Tampoco es necesaria si el matrimonio se ha contraído con licencia del cónyuge difunto, o con el consentimiento de sus hijos.

Sucesión del fisco

El último heredero es el fisco, el cual sólo es admitido subsidiariamente, y en caso que no haya ningún cognado. Sin embargo, hay algunos extraños que son preferidos al fisco, cuales son: 1º los cónyuges; 2º los socios o copartícipes del príncipe; 3º las iglesias en los bienes de sus clérigos; 4º el ala de caballería en los bienes del soldado que no hizo testamento, ni dejó cognados; 5º todos los colegios o corporaciones lícitas, si un miembro de ellos muere sin cognación.

Título 14

De las obligaciones

Dig. Lib. 44, tít. 7º — Cód. Lib. 4º, tít. 10 (a)

Obligación es la necesidad impuesta por la ley de dar o hacer alguna cosa. Se divide en natural, civil y mixta. Sólo estas últimas son verdaderas obligaciones y producen todo el efecto de tales. Las civiles se rescinden a veces por la restitución *in integrum*, y las naturales aprovechan sólo para

(a) T. 1. L. 10. N. R.

excepcionar, mas no para intentar acción. Otra división de las obligaciones [1] es en civiles propiamente dichas y pretorias. Las primeras traen su origen del derecho civil y las segundas del edicto del pretor u otro magistrado.

Unas obligaciones nacen inmediatamente de la equidad natural, y otras mediante un hecho obligatorio, que puede ser, o una convención, o un delito.

Convención es el consentimiento de dos o más personas que se avienen sobre algo que deben dar o hacer. Se divide en pacto y en contrato. Este es la convención que tiene nombre y causa, o por lo menos causa, y aquél la que carece de nombre y causa civil obligatoria. Por nombre entendemos la palabra que designa el contrato y la acción que de él nace, y por causa se entiende una cosa presente de la cual nace obligación según las leyes.

Los pactos se dividen en nudos y no nudos o vestidos. Son pactos nudos los que [2] no producen acción civil, y a este número pertenecen todos por regla general; y no nudos los que la producen, cuales son los [3] favorecidos por la ley, por el pretor, y los añadidos incontinenti a un contrato de buena fe.

Los contratos se dividen en verdaderos y cuasi-contratos, según la naturaleza del consentimiento de las partes. Del consentimiento verdadero nacen los verdaderos contratos, del presunto o fingido los cuasi-contratos. La presunción del consentimiento se funda en los siguientes principios: 1º nadie, sin razón muy poderosa, puede enriquecerse en perjuicio de otro; 2º quien quiere lo antecedente debe querer lo consiguiente; 3º cualquiera parece aprobar aquello que promueve su utilidad.

Los verdaderos contratos son nominados o innominados.

1 1843 dice: "Las civiles se subdividen" en vez de "Otra división de las obligaciones es". (Comisión Editora. Caracas).

2 1843 dice: "Los primeros". (Comisión Editora. Caracas).

3 1843 dice: "y los segundos sólo en el caso que sean" (Comisión Editora. Caracas).

Estos últimos aunque tienen causa carecen de nombre y sólo producen una acción general *in factum* o *prescriptis verbis*: a esta clase pertenecen los contratos *do ut des* que también se llaman permuta, *do ut facias, facio ut des* y *facio ut facias,* los cuales tienen siempre por causa un hecho lícito por parte del que se obliga. En los nominados la causa puede ser la entrega de la cosa, o una fórmula de palabras, o un instrumento escrito, o sólo el consentimiento: de aquí nace una nueva división de los contratos en reales, verbales, literales y consensuales.

Últimamente se dividen en unilaterales, en que se obliga una sola de las partes y bilaterales en que se obligan ambas. Aquéllos se llaman también *stricti juris,* y éstos *bonae fidei:* en los primeros nada más se puede pedir que lo que expresamente se ha pactado, y en los segundos se debe además todo aquello que exige la equidad.

De los contratos bilaterales nacen dos acciones, por cuyo medio pueden ser compelidos ambos contratantes para ejecutar aquello que prometieron. Estas acciones son directas, siempre que la obligación de las partes nace en el momento de celebrarse el contrato; es una de ellas directa y la otra contraria, siempre que una de las partes queda obligada en el acto mismo de contratar y la otra por un hecho posterior. Es regla general que las acciones contrarias se dan siempre para el resarcimiento de un daño.

El daño entre [1] los contratos puede nacer de dolo, si interviene engaño o malicia, de culpa, si se peca por descuido o imprudencia, y finalmente de caso fortuito que no podemos evitar.

El daño causado por dolo debe satisfacerse siempre en todos los contratos, y no es válido el pacto en que se promete lo contrario. Mas ninguno es obligado a responder del daño provenido del caso fortuito, a no ser que espontáneamente hubiese tomado sobre sí esta responsabilidad, o hubiese

[1] 1843 dice: "de" (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

sido moroso en restituir o entregar la cosa, o por su negligencia hubiese dado ocasión al caso fortuito.

La culpa se divide en lata, leve y levísima; y esta división tiene por fundamento la diversidad de diligencia [1] que se observa [2] entre los hombres. Para el resarcimiento de los daños causados por culpa, deben observarse las reglas siguientes: 1ª en [3] los contratos en que la ventaja es sólo para una de las partes y para la otra la molestia, aquélla paga la culpa levísima y ésta sólo la lata; 2ª cuando la utilidad de ambos contratantes es igual, se satisfacen recíprocamente la culpa leve; 3ª el que voluntariamente se ofreció a un negocio en que se requiere suma diligencia, debe pagar la culpa levísima; 4ª el que espontáneamente ofreció a otro una cosa, no puede exigir sino la culpa lata.

Título 15

De qué modo se contrae obligación por la cosa

Dig. Lib. 12, tít. 1º Lib. 13 y tít. 6º y 7º Lib. 16 y tít. 3º Cód. Lib. 4º tít. 1º y 23, 24 y 34 (a)

Se contrae obligación por la cosa, cuando además del consentimiento se da o ejecuta alguna cosa, y de este acto resulta la obligación. Los antiguos conocieron por contratos reales aquellos solos en que se entrega alguna cosa, que debe restituirse en especie o género, cual es el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda; y a ellos se limita aquí Justiniano.

El mutuo es un contrato en que damos a otro cosas que constan de número, peso y medida para que las haga suyas, bajo condición de volvernos otro tanto del mismo género y calidad.

En el mutuo el acreedor debe ser dueño de la cosa, y

1 1843 dice: "negligencia". (Comisión Editora. Caracas).
2 1843 falta: "que se observa". (Comisión Editora. Caracas).
3 1843 dice: "que" (Comisión Editora. Caracas).
(a) T. 1, 2, 3, y 13. P. 5.

ésta se ha de dar y recibir con ánimo de que se trasfiera su dominio; mas el dinero entregado por alguno de orden nuestra es lo mismo que si fuese nuestro: lo mismo sucede con el que produce la venta de la alhaja que entregamos para que se retenga su precio a título de mutuo; porque en negocios de esta clase, se admite esta especie de tradición.

Si se presta dinero ajeno y se consume de buena fe, su consumo produce para el dueño el mismo efecto que hubiera producido su entrega. La cosa prestada perece para el mutuario que es su dueño, y no debe al mutuante la especie, sino el género, el cual no perece jamás. La acción que este contrato da al mutuante se llama *conditio certi* y también *actio mutui.*

Para que el mutuo sea lícito debe hacerse no sólo por aquel que es dueño de la cosa, sino por quien tiene la facultad de enajenarla. Si se hace por quien no la tiene, pueden vindicarse las monedas existentes, y si se han consumido de buena fe, pueden condecirse, es decir, repetirse por igual cantidad *cuasi ex mutuo;* pero si se han consumido de mala fe, tiene lugar la acción *ad exhibendum;* todo lo cual se verifica asimismo, cuando se ha prestado de mala fe dinero ajeno sin mandato del dueño.

El comodato es un contrato en que damos gratis una cosa no fungible para que se haga de ella cierto uso particular, y concluido se nos restituya en especie. Si estipulamos una recompensa pecuniaria el contrato se convertirá en alquiler, y si otra clase de recompensa en un contrato innominado. El comodato no trasfiere el dominio y sólo es útil al comodatario. De lo dicho se sigue que antes de concluirse el uso estipulado, no puede por lo común revocarse este contrato, y que no es lícito al comodatario aplicar a otros usos la cosa prestada, porque entonces cometería hurto de uso. El salario muda la naturaleza de este contrato, pero no el honorario.

Síguese también de aquí, que el comodatario presta la culpa levísima, y el comodante sólo presta la lata: pero si

alguna vez se hace el préstamo con utilidad de ambas partes, no presta una y otra más que la culpa leve, y que si sólo es a beneficio del comodante, el comodatario presta sólo la culpa lata; y en fin, se sigue de lo dicho, que si la cosa prestada perece fortuitamente, es sólo para el comodante, como que éste es su verdadero dueño.

Nacen de este contrato dos acciones; la de *comodato directa* que se da al comodante y a sus herederos para exigir la restitución de la especie, y el resarcimiento de los daños que ha sufrido la cosa prestada; y la *contraria* que se da al comodatario contra el comodante para que le indemnice los perjuicios sufridos, v. gr. si ha tenido que hacer gastos extraordinarios [1] en la conservación de la cosa, o si por vicio oculto de ella, o por haber tenido que restituirla antes de tiempo ha recibido algún daño.

Las acciones de comodato dejan al juez más latitud que la condición de cosa cierta producida por el mutuo, y no limita el importe de las condenas, las cuales deben ser determinadas *ex aequo et bono;* por lo que estas acciones se llaman de buena fe. Son también de buena fe las de depósito y prenda.

El depósito es un contrato en que entregamos a otro una cosa mueble, para que la custodie gratis y la restituya en especie luego que la pidamos. Este contrato trasfiere sólo la custodia de la cosa y es por lo común a beneficio del deponente. Celébrase de ordinario con personas en quienes tenemos confianza, por lo que el dolo o culpa lata del depositario le acarrea infamia.

El depositario, si de cualquier modo usa de la cosa depositada, comete hurto de uso. Si se concede expresamente el uso de una cosa fungible, el contrato pasa a mutuo; y si tácitamente, v. gr. entregando la cosa sin cerrarla con llave, el depósito se convierte en irregular, luego que empieza el depositario a usar de ella.

[1] 1843 dice: "que gastar aemasiado" (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

El deponente es responsable por la culpa levísima, y el depositario por la culpa lata solamente; pero en el depósito irregular aun por los accidentes fortuitos, lo mismo sucede si demora la restitución o expresamente se obliga a ello.

El depositario, a diferencia del comodatario está obligado a restituir la cosa en cualquier tiempo que se le pida. Tiene derecho a indemnizaciones, que no se conceden jamás al segundo; como el alimento de un esclavo o de un animal cualquiera, y no es responsable de hurto como es ordinariamente el comodatario.

Se llama depósito miserable el que se verifica en caso de tumulto, naufragio, incendio, etc., y tiene de singular que el dolo del depositario o de su heredero obliga a uno y otro a la prestación del duplo. El secuestro tiene analogía con el depósito, del cual sólo se diferencia en que puede hacerse por muchas personas que litigan sobre el dominio de una cosa, y a veces contra la voluntad de ellas, por orden del juez.

Nacen del [1] contrato de depósito dos acciones: la *acción directa* contra el depositario y sus herederos para la restitución del depósito y resarcimiento de daños (a la cual no puede oponerse la excepción de compensación, aunque puede retenerse la cosa por los gastos hechos en su custodia); y la *contraria* contra el deponente y sus herederos para el abono de gastos y resarcimiento de daños. Nace asimismo del secuestro, terminado el pleito, la *acción secuestratoria* en favor del que obtuvo en la causa, contra el depositario, y *acción contraria* de éste contra aquél.

La prenda se constituye por contrato, y constituida de este modo y entregada da un derecho *in re* del mismo modo que la hipoteca, que se constituye por mero pacto sin tradición. Podemos, pues, definir la prenda; un contrato real en que se entrega alguna cosa al acreedor para seguridad del crédito con obligación de restituirla cuando éste quede

[1] 1843 dice: "de este" (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

cubierto. Pueden darse en prenda cosas muebles e inmuebles, corporales o incorporales, y aun las ajenas con voluntad de su dueño; pero no las exentas del comercio ni las litigiosas. No se trasmite al acreedor el uso de la prenda, sino sólo la posesión o custodia, a no ser que intervenga pacto de anticresis, por el cual se concede el uso de la prenda en lugar de los intereses de la deuda.

Dirigiéndose este contrato a la utilidad de ambas partes, ambas son responsables por la culpa leve: bien que Justiniano parece indicar la levísima, exceptuando sólo los casos fortuitos. Nacen de este contrato dos acciones: la *pignoraticia directa*, que extinguida la deuda se da al deudor contra el acreedor o sus herederos, para la restitución de la prenda o resarcimiento de daños, y la *pignoraticia contraria* que compete al acreedor contra el deudor o sus herederos, para que se le indemnicen los gastos ocasionados por la prenda, o se le dé otra nueva, si ésta ha resultado ser ajena.

El acreedor debe llevar cuenta de los frutos o cualquiera otro provecho que haya resultado de la prenda, para descontarlo de la deuda.

Título 16

De las obligaciones verbales

Dig. Lib. 45, tít. 1º — Cód. Lib. 8º, tít. 39 (a)

Las obligaciones verbales son aquellas que se fundan no sólo en el consentimiento de los contratantes, sino en una solemnidad verbal determinada por las leyes: redúcense todas a la estipulación. Estipulación es un contrato en que una persona respondiendo inmediata y congruentemente a la interrogación de otra, se obliga a dar o hacer algo a beneficio ajeno. Estipulación cierta es aquélla en que se promete una cosa cierta, es decir, una especie o cantidad deter-

(a) T. 11. P. 5.

minada; e incierta es aquella en que se promete un género o un hecho. Hay asimismo estipulaciones puras, condicionales, *in diem* y *ex die*. Con respecto a todas ellas deben observarse las reglas siguientes: 1ª en la estipulación pura el día cede y viene inmediatamente; 2ª si la estipulación envuelve una condición posible, el día no cede ni viene, mientras está pendiente la condición; 3ª la condición imposible vicia la promesa; 4ª si se ha prometido *ex certo die*, el día cede, mas no viene hasta concluirse el tiempo designado; 5ª si se promete *ad diem*, el día cede y viene inmediatamente; mas llegado el término, aunque subsiste la acción del estipulante, se concede siempre una excepción al promitente; 6ª si el día es tal que se duda si existirá, se mira como condición; 7ª la condición se retrotrae a la época del contrato, al revés de lo que sucede en los legados, de manera que el beneficio de la estipulación es siempre de aquel a quien hubiera pertenecido si hubiese sido pura; y la esperanza de este beneficio se trasmite a los herederos del estipulante; 8ª la condición negativa suspende la prestación hasta la muerte, ya del estipulante, ya del promitente; 9ª no puede nadie obligar a otro; 10ª no puede nadie estipular para otro, a menos que tenga en ello un interés propio.

Nace de este contrato la acción *ex stipulatu* que se llama *conditio certi*, si la estipulación es de cosa cierta. Es opinión común que el estipulador de un derecho se liberta, prestando aquello en que la inobservancia del contrato, perjudica a la otra parte; y como la averiguación de este punto es difícil, conviene siempre añadir una cláusula penal a las estipulaciones de hecho.

Aunque por constitución de León no es necesaria como antiguamente la solemnidad de ciertas palabras que precisamente debían proferirse en latín, nunca dejó de serlo la interrogación y respuesta que es lo que distinguen las estipulaciones de los simples pactos.

Título 17

De los reos de estipular y prometer

Dig. Lib. 45, tít. 2º — Cód. Lib. 8º, tít. 40. Novel. 99 (a)

Si prometen dos o más o se promete a dos o más, la regla general es que cada uno se obliga por la parte correspondiente, o adquiere un derecho a esa parte; pero no sucede así cuando los promisores se hacen reos de prometer, recayendo sobre cada uno de ellos la obligación *in solidum*, o cuando los estipuladores se hacen reos de estipular, debiéndose a cada uno de ellos el sólido. Aunque reo estrictamente es sólo el demandado, en un sentido general se llama así a todo aquellos *quorum de re agitur*, y de aquí viene darse este título tanto al estipulador como al promisor.

Son correos de prometer los que responden congruentemente obligándose a una misma cosa respecto de otra persona, que en una misma oración interroga a todos ellos, y por el contrario son correos de estipular los que estipulan separadamente para sí una misma cosa, que el deudor promete a todos y cada uno de ellos *in solidum*. Y hoy se llaman correos de prometer los que se obligan *in solidum* respecto de una misma persona, y correos de estipular aquellos a quienes se promete una misma cosa, dándose a cada uno el derecho de reclamarla *in solidum*, aunque no se use de las solemnidades de interrogaciones y respuestas.

Cada uno de los correos de prometer puede ser reconvenido *in solidum* y satisfaciendo al acreedor extingue la obligación, pero no goza del beneficio de la división, a no ser que se hayan hecho mutuamente fiadores; pero según la práctica se les concede siempre este beneficio. Cada uno de los correos de estipular, puede exigir el sólido, y con que uno de ellos lo reciba se extingue el derecho de todos.

(a) L. 10. T. 1. L. 10. N. R.

Si paga uno de los reos de prometer, no por eso tiene acción contra los correos, a no ser que haya comunidad entre ellos; bien que según la práctica se le da en todo caso la acción contraria útil *negotiorum gestorum*. Recíprocamente, si es satisfecho uno de los correos de estipular no se le obliga a dar una parte a los demás, a no ser socios o haberse convenido en ello.

TÍTULO 18

De las estipulaciones de los siervos

Dig. Lib. 45, tít. 3º

El siervo estipulante adquiere para su dueño, sea que estipule para si, o para su dueño, o para un consiervo, o que no designe persona. Si el siervo es común, adquiere para todos sus amos a prorrata del dominio, si no es que haya estipulado por orden de uno de ellos. El siervo hereditario adquiere para la herencia yacente.

[1] Si el siervo estipula un hecho, esto es, que se le haga tal o tal cosa, no se entiende concedido este derecho a su amo.

TÍTULO 19

De la división de las estipulaciones

Las estipulaciones se dividen en pretorias, judiciales, comunes y convencionales. Se llaman pretorias las estipulaciones y convenciones que proceden del pretor. Judiciales las que proceden del ministerio del juez, comunes las que proceden de uno y otro, y convencionales las que se verifican por mutuo convenio de ambas partes.

Pretoria, por ejemplo, era la caución *damni infecti* en la cual el pretor manda al dueño de una casa de que puede

[1] 1843 agrega: Lo dicho se entiende del acrecimiento de bienes. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

resultar algún daño, o a la persona que hace veces de dueño, prometer o dar fianza al vecino, o a la persona a quien amenaza el daño, de que lo resarcirá si acontece dentro de cierto tiempo; del mismo género es la caución o fianza para la conservación de los legados a día o bajo condición, por la cual se manda al heredero o legatario dar seguridad de que prestará [1] el legado, luego que llegue el día o se verifique la condición.

Judicial es la caución de dolo por la que el reo que es condenado por el juez a la restitución de una cosa, es obligado a dar seguridad de restituirla con todo lo perteneciente a ella sin fraude alguno. De la misma clase es la caución de *pretio restituendo,* que es cuando la cosa es prestada por uno de los coherederos, y éste se obliga a indemnizar a los otros.

Comunes son las que se dan a favor del pupilo para seguridad de sus bienes, y la de rato que presta el procurador cuando se duda si tiene mandato.

Finalmente las convencionales son de tantas especies como los contratos y convenciones, pues a todos ellos se les puede agregar estipulaciones.

TÍTULO 20

De las estipulaciones inútiles

Cód. Lib. 8º, tít. 39 (a)

Las estipulaciones son inútiles, o por razón de la materia sobre que se versan, o por razón de las partes contratantes, o de la forma con que se celebran.

Son inútiles las estipulaciones que recaen sobre cosas que no existen, ni pueden existir, que absoluta o accidentalmente no están en el comercio de los hombres, que no es lícito al estipulador adquirir, que por su incertidumbre no se sabe

1 1843 dice: prestaría (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
(a) T. 1, 2, 3 y 13. P. 5.

lo que son o a lo que obligan, que pertenecen ya al estipulador, y que son contrarias a la moral o a las leyes. Decimos ser inútiles las estipulaciones de estas cosas, porque no se deben las cosas mismas, ni su precio ni la pena estipulada; bien que si lo que se debía ha dejado de poderse dar por culpa del deudor, o éste se ha constituido en mora, puede estipularse útilmente. Son inútiles las estipulaciones aunque se hagan *in diem* o bajo condición de que puedan darse o hacerse las cosas, o bajo otra condición cualquiera, y por tanto aunque llegado el día y verificada la condición pudiese comerciarse en ellas, no por eso tendría valor el contrato. Y lo mismo se verifica si se estipula útilmente, y la cosa estipulada, sin culpa del promisor, deja de poderse dar o hacer por alguna de las razones dichas.

Si la estipulación es por causa onerosa y el promisor conoce la inhabilidad de la materia ignorándola el estipulador, tiene éste acción para indemnizarse. Y si la cosa estipulada llega a ser del estipulador, por otra causa, se liberta el promisor, si son lucrativas ambas causas; pero no si una de ellas es onerosa. Dudábase entre los antiguos si prometida rectamente una cosa, eximida después del comercio y restituida luego a su primer estado revive el valor de la estipulación; pero se decidió que no.

En fin, si la inhabilidad de la materia es por algún impedimento extrínseco o temporal, como en los mármoles inherentes a un edificio, no es inútil la estipulación condicional; lo que es también aplicable a las cosas del estipulador.

Es asimismo inválida la estipulación cuando se promete que otro hará o dará alguna cosa; a no ser que se imponga alguna pena a la obligación de indemnizar en caso que no se cumpla lo prometido. En este sentido debe tomarse la promesa de que otro será fiador nuestro, o que el dueño ratificará lo que hacemos representándole cuando se duda de nuestro mandato.

No se puede estipular para otro, a no ser para aquel bajo cuyo dominio o potestad estamos, o para nuestro heredero; mas aunque la estipulación ajena no puede darnos una acción directa, nos da acciones útiles *ratione officii;* de esta clase es la estipulación de los tutores, curadores, personeros de la ciudad, procuradores de los soldados, y magistrados que exigen fianza de los tutores y arrogadores a favor de los pupilos; sea que ellos mismos estipulen, o que lo haga por ellos un siervo público o cualquier hombre libre. El que tiene dinero o cosa ajena puede darlo en mutuo, como dato o depósito, estipulando que se pague o entregue al acreedor o al dueño; en cuyo caso corresponde a éste la respectiva acción del contrato.

A veces el que estipula para otro materialmente, lo hace virtualmente para sí y adquiere una acción; esto sucede cuando el padre estipula para el hijo que está bajo su potestad, o el amo para el siervo, y cuando el estipulador tiene un interés inmediato, v. gr., cuando se estipula con el contutor que se conservará sin detrimento la propiedad del pupilo, o cuando se estipula que se le dé algo a nuestro procurador o a nuestro acreedor.

La estipulación para otro, aunque inválida en derecho, puede producir efecto por medio de una cláusula penal. Si se estipula simplemente dar a Ticio, nada se hace; pero añadiendo que si no se cumple esta promesa se pagará una multa, se estipula útilmente la multa. Recíprocamente de nada sirve la promesa de un hecho ajeno, si no nos sometemos a una pena en caso de no verificarse.

Si se estipula disyuntivamente para mí o para Ticio, adquiero yo solo la acción; pero el promisor tiene la facultad de hacer la prestación en todo o parte a Ticio, el cual sólo tiene facultad para recibir. Si estipulo coyuntivamente para mí y para Ticio, adquiero yo una acción a la mitad de lo prometido, si la cosa es divisible y Ticio capaz de adquirir, y a todo lo prometido en todos los demás casos.

Es asimismo inválida la estipulación cuya condición es

imposible. Si la condición es negativa de un hecho imposible, el día cede y viene inmediatamente.

Es asimismo inútil la estipulación prepóstera, v. gr., si llegare mañana la nave me darás hoy cien pesos. El emperador León la hizo válida en la dote, y Justiniano en todos los demás casos.

Todas las veces que se comprenden muchas cosas en la estipulación, y el promisor responde simplemente *prometo,* se obliga a todas ellas; pero si responde que prestará ésta o aquélla de las enumeradas, sólo contrae obligación con respecto a ella.

Habiendo hablado de la materia de las estipulaciones, pasamos a las personas de los contratantes. Estipulando con aquél que esté sujeto a nuestra potestad, o a cuya potestad estamos sujetos, nada hacemos; en el primer caso si hay fianza, son obligados los fiadores, en el segundo no. El siervo no puede obligarse ni al amo, ni a cualquiera otra persona; pero el hijo de la familia puede obligarse a otro que su padre, exceptuada la causa de mutuo.

Ni el mudo ni el que es absolutamente sordo pueden contraer estipulación. Tampoco el furioso, a no ser en sus lúcidos intervalos, ni el mentecato ni el infante; el pródigo estipula, pero no promete útilmente. El pupilo con la autoridad del tutor puede estipular y prometer; pero sin la autoridad del tutor, siendo próximo a la pubertad, puede obligarse naturalmente, de manera que su fiador será responsable; bien que lo que el pupilo debe de este modo no puede compensarse, ni siendo pagado retenerse, como sucede en otras obligaciones naturales. El menor que no tiene curador se obliga natural y civilmente; pero se le concede la restitución, si ha sufrido detrimento. Si tiene curador es necesario el consentimiento de éste.

Por lo que hace a la fórmula de la estipulación, no se estipula útilmente si no se responde congruentemente. Si hay diferencia en la cantidad o número no es del todo inútil la estipulación, sino en cuanto hay en ella más o menos que

en la promesa. Pero, si uno interroga simplemente y otro responde bajo condición o *in diem*, no vale la promesa, si su diversidad no es inmediatamente aprobada por el estipulador, lo que se aplica a los casos en que se estipula alguna cosa y se prometen disyuntivamente dos, o al revés. Es asimismo inútil la estipulación cuando la toman en diverso sentido las partes. El error en las cualidades o en el nombre no perjudica, ni tampoco el error en la materia, cuando están acordes las partes en el cuerpo o especie.

Título 21

De los fiadores

Dig. Lib. 16, tít. 1º — Cód. Lib. 8º, tít. 41. Novela 4 (a)

Fiador es el que accede a la obligación de otro mediante estipulación y sin novación. Si accediese a la estipulación ajena sin estipulación no se afianzaría, sino que se constituiría, esto es, se haría el pacto de constituto que es uno de los que favorece el pretor. Por otra parte, si la accesión precediese a la obligación principal sería mandato, y si el nuevo deudor se sustituye al antiguo, el contrato tomaría el nombre de espromisión.

La fianza es un negocio puramente civil y viril; por lo que es prohibido a la mujer por el senadoconsulto Veleyano, y aun a favor de sus maridos por el derecho novísimo, y lo es también a los militares y a los clérigos en favor de los legos. La fianza puede acceder a las obligaciones que resultan de cada contrato, y aun a las obligaciones naturales que no son del todo ineficaces, y a las obligaciones nacidas de delitos, cuando se debe pena pecuniaria, no corporal ni aflictiva. Puede recibirse también fianza para la seguridad de los reos, a quienes bajo esta condición se les exime del encarcelamiento.

(a) T. 12. P. 5. — T. 1. L. 10. N. R.

El fiador puede obligarse más que el deudor, supuesto que su obligación puede ser civil, mientras que la principal puede ser meramente natural; pero no puede obligarse a dar o hacer más que el deudor, ni a plazo más corto, ni simplemente cuando la obligación principal es bajo condición; obligándose a más no se obliga ni aún a la concurrencia de la suma, según la opinión más común; y si se obliga a una cosa diversa, aunque es válida la obligación, en este caso deja de ser fianza.

Como la fianza es una obligación subsidiaria, cuando el reo principal no está solvente, queda obligado el fiador o su heredero, y si hay muchos fiadores se obliga cada uno de ellos *in solidum.* Si el reo principal no cumple, se procede contra los fiadores por la acción *ex stipulatu;* bien que si la fianza fue hasta cierto tiempo y llegado éste protestó el fiador, se liberta con el trascurso del tiempo.

Se conceden al fiador tres beneficios; el primero es el de división, por rescripto de Adriano, para que, siendo demandado *in solidum,* se divida la obligación entre los confiadores solventes, y el acreedor demande a cada uno de ellos por la parte correspondiente. Pero omitida esta excepción, es obligado a pagar *in solidum,* y no puede repetir contra los confiadores, si el acreedor no le cede su derecho. Cesa asimismo este beneficio cuando se ha renunciado expresamente y cuando no hay medio de demandar a los confiadores, aunque estén solventes.

El segundo es el de orden o excusión, para que se proceda primeramente contra el deudor principal y se haga excusión en sus bienes. Cesa por insolvencia notoria, por ocultación del reo y por renuncia del fiador.

El tercero es el de cesión de acciones, para que, habiendo de pagar *in solidum,* le ceda el acreedor las acciones correspondientes contra los confiadores.

El fiador que ha pagado, puede repetir contra el reo principal por las acciones de mandato, o *negotiorum gestorum,*

según los respectivos casos; mas no contra los fiadores, si no ha intervenido pacto especial entre éstos, o si el acreedor no le cede su derecho.

TÍTULO 22

De las obligaciones literales

Cód. Lib. 4º, tit. 30 (a)

Obligaciones literales son las que sacan su fuerza y valor de una escritura. Se llama propiamente contrato de letras o contrato literal aquel en que alguno que ha confesado por un documento firmado de su mano deber algo por causa de mutuo, y no se ha retractado en un bienio, se obliga de tal modo por aquel documento que puede ser demandado eficazmente, aunque no haya recibido el dinero. De aquí se sigue: 1º que de este contrato no nace una obligación eficaz antes de cumplirse el bienio, sin embargo de que nace una condición *certi ex mutuo;* 2º que antes de cumplirse dicha época compete al reo la excepción *non numeratae pecuniae* en que hay de singular que el *onus probandi* incumbe al actor; bien que no goza de esta excepción el heredero demandado por la confesión del difunto inserta en el testamento, ni puede alegarse contra el banquero que produce una escritura, y también hay que notar que no vale esta excepción, si por un instrumento separado se confiesa haber recibido el dinero, o si el reo ha reconocido la deuda expresa o tácitamente, v. gr., pagando interés; 3º que si el deudor no quiere que la escritura produzca acción contra él, debe retractarla dentro de un bienio por la condición *sine causa,* o haciendo ante un magistrado protesta formal de no haber recibido el dinero; en cuyo caso la excepción *non numeratae pecuniae* se hace perpetua; 4º que este derecho sólo se aplica al contrato de mutuo, por lo que nada vale la excepción *non numeratae pecuniae* en otros negocios, a no ser que la

(a) L. 9. T. 1. P. 5.

pruebe con evidencia el que la opone, y mucho menos pertenece este derecho a las cartas de pago; pues de éstas no nace obligación alguna, sin la mera prueba del pago; la cual es superior a toda excepción siendo pública, o no repitiéndose dentro de treinta días; 5º que de la escritura en que confesamos deber, nace una condición de cosa cierta pasado el bienio contra el deudor o sus herederos, a la cual no puede oponerse la excepción *non numeratae pecuniae* aunque el reo se obligue a probarla. En el foro se concede en lugar de ella, la excepción de dolo, si el reo toma sobre sí el probar que no se le ha entregado el dinero.

TÍTULO 23

De las obligaciones consensuales

Llámanse obligaciones consensuales las que no necesitan para perfeccionarse más que el consentimiento de las partes. Todos los contratos de esta especie son de buena fe y pueden celebrarse sin necesidad de escritura, por señas y aun entre ausentes. Se cuentan en este número el de compra y venta, locación, conducción, enfiteusis, sociedad y mandato.

TÍTULO 24

De la compra y venta

Dig. Lib. 18 y 19, tít. 1º — Cód. Lib. 4º, tít. 38 y 40 (a)

La compra y venta es un contrato consensual en que se promete dar una cosa por un precio determinado; se supone perfecto luego que se ha convenido en la cosa y en el precio, a menos que se pacte celebrar la venta por escrito, pues entonces antes de otorgarse la escritura, no se supone que las partes han contratado irrevocablemente.

(a) T. 5. P. 5 y T. 4. L. 9 y 13. L. 10. N. R.

De lo dicho se sigue que antes de perfeccionarse el contrato, ya sea por el mero consentimiento o por escritura, pueden las partes retractarse, perdiendo el comprador lo que ha dado a título de arras, y restituyendo el vendedor el duplo; pero perfeccionado el contrato no hay lugar al arrepentimiento, aunque uno se preste a perder las arras, pagar los perjuicios o el duplo. El pretor hace ineficaz este contrato, si ha intervenido en él la fuerza, a menos que sea por decreto de juez competente y por razón de seguridad o utilidad pública.

El dolo inductivo anula el contrato. El dolo incidente sólo da la acción *ex empto ad id quod interest*. El error se supone impedir el consentimiento si recae en el contrato sobre el cuerpo de la cosa vendida, o sobre la mayor parte de la materia de que se compone; mas el error en el nombre, calidad o accesiones de la cosa no anula el contrato, y sólo produce la acción *quanti minoris*.

Pueden venderse todas las cosas que están en el comercio, las futuras, las incorporales y aun las ajenas; pero la venta de estas últimas no perjudica al dueño, que puede siempre vindicarlas, si no se han usucapido. Pueden asimismo venderse las herencias, las acciones y aun las meras esperanzas; pero no vale la venta de las cosas que ya no existen, ni la del hombre libre, ni la de las cosas de derecho divino, públicas, furtivas o litigiosas.

Si se da una cosa para recibir otra, no hay venta sino permuta; si se satisface parte en dinero y parte en otra cosa, el contrato toma el nombre de la parte predominante, y si ambas son iguales se atiende a la intención primera de los contratantes, prefiriéndose a falta de otras razones la venta. La distinción es importante, ya porque en algunos países el derecho de retracto que tiene lugar en la venta no lo tiene en la permuta, y ya porque estos dos contratos producen acciones diferentes.

El precio debe tener tres cualidades, verdadero, justo y determinado. No es verdadero el que se recibe por mera

formalidad, por ejemplo, en la emancipación, ni es justo el que no llega a la mitad del precio de la cosa; pero si el vendedor se propone hacer gracia de una parte considerable del precio a título de donación, es válida la venta. En el caso de lesión [1] por injusto precio tiene derecho el perjudicado para pedir que el contrato se rescinda o se reduzca a sus justos límites, correspondiendo la elección al otro contratante [2]. El precio puede ser determinado en sí mismo, o por relación a otra cantidad o por arbitraje de un tercero, el cual, si lo fija, ha de estarse a su decisión, y si no lo fija, se hace írrita la venta. El comprador está obligado a dar el precio y el vendedor a la tradición de la cosa; por lo que antes de pagarse el precio no se hace la cosa del comprador ni aun por medio de la tradición; salvo que se haya dado seguridad para el pago al vendedor, o que éste haya querido fiarla. De aquí se sigue que ni la acción del vendedor tiene lugar antes de la entrega de la cosa, ni la del comprador antes de satisfacerse el precio.

El peligro y cómodo de la cosa vendida son del comprador inmediatamente que se perfecciona el contrato, sin embargo que antes de la tradición no se trasfiere su dominio, salvo que sea por dolo o culpa lata o leve del vendedor, o que éste haya tomado sobre sí las contingencias, o que se haya vendido a número, peso o medida; pues en este caso no se trasfiere el peligro, sino después de contarla, pesarla o medirla, o en fin si vendiéndose a prueba, pereciere antes de gustarse o probarse.

Nacen de este contrato dos acciones directas *empti et venditi.* Por la primera se repite la cosa contra el vendedor o su heredero con sus frutos, accesiones y todo lo perteneciente a ella, y el resarcimiento de todo perjuicio producido por dolo, culpa lata o leve. Si la cosa resulta ser de tal calidad que no puede servir al comprador, tiene éste la acción redi-

[1] 1843 agrega: "enorme". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
[2] 1843 dice: "se rescinde la venta, dándose al comprador la elección de restituir la cosa o de pagar su justo precio". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

bitoria; para que restituida con todos sus frutos y demás dependencias, se le reembolse su precio. Le compete asimismo la acción *quanti minoris* para que se le rebaje el precio en cuanto la cosa resultare valer menos que la cantidad dada por ella. El vendedor está obligado a la tradición, y no se liberta ofreciendo *id quod interest*. El comprador por el contrario puede repetir el perjuicio, si el vendedor está en mora. La cosa debe entregarse con todos los frutos percibidos después de perfecto el contrato, y con todas las accesiones y pertenencias. La acción *venditi* compete al vendedor contra el comprador o su heredero para repetir el precio con sus intereses, desde el punto de constituirse el comprador en mora, y para que se le resarzan los daños padecidos aun por culpa leve del comprador.

Título 25

De la locación conducción

Dig. Lib. 19, tít. 2º — Cód. Lib. 4º, tít. 65 y Lib. 11, tít. 70 (a)

La locación conducción (en castellano alquiler o arrendamiento) es un contrato en que se promete cierto salario o recompensa por el uso de alguna cosa o el servicio de alguna persona. Por este contrato no se trasfiere el dominio ni la posesión, por lo que el conductor que retiene pertinazmente la cosa hasta la sentencia definitiva, es obligado no sólo a restituirla, sino también a abonar los perjuicios. La pena del duplo está en desuso.

Hay locación de uso y locación de servicios; pueden locarse todas las cosas que están en el comercio humano, aun las incorporales, como el usufructo y habitación; pero no las servidumbres reales; asimismo las cosas ajenas, en cuyo caso si el dueño no deja subsistir la locación, el locador es obligado a resarcir todos los perjuicios al conductor ignorante. Admiten locación igualmente los servicios que pueden

(a) T. 8. P. 5.

y suelen apreciarse, a cuya clase no pertenece, por ejemplo, la manumisión de un esclavo. Los servicios de los abogados, médicos, agrimensores y demás personas que nos sirven con su ciencia y crédito, no se reputan materia de este contrato, y su recompensa se llama honorario.

Cuando no se determina hacer este contrato por escritura, se perfecciona luego que se convienen las partes acerca del uso de la cosa o servicio de la persona, y se fija el salario, que en las cosas inmuebles se llama renta o pensión; por lo que no se reputa colono verdadero el colono parciario que no paga en dinero. Se mira, sin embargo, como verdadera locación aquella en que se ofrece pagar la renta en una cantidad determinada de los frutos del fundo.

El salario o pensión, como el precio en la venta, puede dejarse al arbitrio de un tercero a cuya decisión debe estarse, y si no fija el salario o pensión no hay contrato. Puede asimismo determinarse el salario por medio de su relación con una cantidad determinada, aunque no conocida al tiempo de celebrarse el contrato. Cuando se estipula el salario en que después se convienen las partes, no hay locación, y sólo se da por esta causa la acción *prescriptis verbis,* que también tiene lugar en los contratos innominados para obtener el resarcimiento de un daño. Si no se estipula salario alguno, el contrato pasará a ser comodato; pero puede el locador hacer gracia de una parte del salario a título de donación. En fin, si se promete gratis algún servicio, no hay alquiler sino mandato. Nacen de este contrato las dos acciones directas *locati et conducti.* En la locación de servicios a veces se llama locador el que los presta y a veces el que los paga. En caso de duda se recurre a la acción *prescriptis verbis.*

El conductor debe prestar todo aquello a que se hubiese obligado por los términos del arrendamiento, y si en éste falta algo, debe prestarlo también *ex bono et aequo* por ser éste un contrato de buena fe, por lo que después de la mora se debe el interés de las pensiones atrasadas. El conductor que hace un uso indebido de la cosa arrendada, y el que deja

de pagar la pensión, pueden ser privados de aquélla, lo que también se verifica si el dueño necesita la cosa para refaccionarla, o para su propio y necesario uso.

Justiniano dice en este lugar que el que ha prometido o dado en alquiler el uso de vestidos, plata labrada o bestias de carga, debe prestar el cuidado de un diligentísimo padre de familia, y entonces si por un accidente fortuito pierde la cosa, no es obligado a la restitución, lo que parece oponerse a la regla que en los contratos de beneficio mutuo se presta sólo la culpa leve.

Se paga la pensión a prorrata, si por culpa del locador o por alguna calamidad fatal, deja de poder usarse la cosa, o si fuere necesario abandonarla por justo temor. Muertos el locador o [1] conductor subsiste la condición [2], y suceden en sus derechos y obligaciones sus herederos; mas el sucesor singular, v. gr., el comprador, no es obligado a permanecer en ella, y en caso de no permanecer tiene el conductor la acción de perjuicios contra el locador.

APÉNDICE

Sobre la enfiteusis

La enfiteusis tiene cierta afinidad con la venta y el arrendamiento, y fue hecha contrato particular por constitución de Zenón. Los romanos solían dar los fundos provinciales a perpetuidad por cierta renta anual, y haciéndose esto frecuentemente a condición de que se plantasen, se dio al contrato el nombre de enfiteusis que significa plantación. El enfiteuta venía pues a tener un dominio útil reservándose la república el directo, y esta manera de enajenación se extendió sucesivamente a los predios de los príncipes, iglesias, ciudades, y últimamente de los particulares.

1 1843 falta: locador o. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
2 1843 dice: conducción (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

La enfiteusis es un contrato consensual por el que se concede a otro el dominio útil de un predio para siempre o por largo tiempo, mediante la prestación de un canon anual en reconocimiento de dominio. Perfecciónase por el consentimiento, y la escritura sólo sirve de prueba. El que retiene el dominio directo se llama señor enfitéutico y la tradición da un derecho *in re*.

El enfiteuta adquiere todos los frutos y utilidades, aun los extraordinarios, v. gr., el tesoro; tiene derecho para imponer servidumbre; para mudar la forma del fundo con tal que no lo deteriore, para empeñarlo, donarlo, permutarlo y también venderlo, denunciándolo en este caso al señor para que sea preferido por el tanto si quiere comprarlo. Pueden también vindicar el fundo contra cualquier poseedor, y aun contra el mismo señor enfitéutico, y trasferirlo a quien quiera por título universal o particular, pagando el sucesor singular por laudemio la quincuagésima parte del precio o estimación. La obligación de pagar el canon cesa sólo por la destrucción completa de la cosa.

El derecho enfitéutico expira por la consolidación, por prescripción, por haberse vendido la cosa sin noticia del dueño, por mora de tres años en el pago del canon, y por haberla deteriorado grandemente. Nacen de este contrato dos acciones directas llamadas enfiteuticarias.

TÍTULO 26

De la sociedad

Dig. Lib. 47, tít. 2º — Cód. Lib. 4º, tít. 37 (a)

No se debe confundir este contrato con la comunidad o comunión de cosas que es un cuasi-contrato en que podemos hallarnos por un hecho ajeno o por un accidente fortuito. La sociedad o compañía es un contrato consensual por el que nos obligamos a comunicar a otro una cosa o un

(a) T. 10. P. 5.

servicio a condición de que sea común el lucro. La sociedad por consiguiente es de bienes o de servicios. La sociedad de bienes se divide en universal, que es la que abraza todos los bienes tanto presentes como futuros por cualquier título que se adquieran, general que abraza los bienes que se adquieren a título oneroso, y singular que es en la que se contrae la comunidad de cosas a negociaciones determinadas.

Subsiste la sociedad desigual, es decir, aunque el uno ponga más y el otro menos, y aunque el uno ponga cosa y el otro solamente servicios, con tal que éstos sean lícitos y honestos. El que por sus servicios en una negociación recibe un salario determinado, no es socio sino institor o agente. Es prohibida la sociedad leonina en que uno estipula para sí todo el lucro [1]; pero puede no hacerse divisible la pérdida. Si se deja para después la constitución de las partes y las cuotas de lucro y pérdida, se presumen encomendadas al arbitrio de buen varón; y lo mismo sucede cuando encomendada a un tercero, la división de éste es inicua. Entiéndese por lucro solamente el líquido que resulta después de pagar los capitales y deudas; y por pérdida lo contrario. Lo que se expresa acerca del lucro se entiende de la pérdida y recíprocamente, a menos que se pacte lo contrario. Los socios prestan sólo la culpa leve; pero el dolo o culpa lata produce infamia.

Los socios se deben mutuamente el beneficio de competencia. En la sociedad universal todas las cosas son comunes, aunque sean diferentes las facultades de los socios y aunque el uno gaste más que el otro. En la sociedad general no se comunica lo que debemos meramente a un beneficio de la fortuna o de los hombres; pero la sociedad singular exige cierta igualdad entre los socios; por lo que si el contrato no expresa las partes de ganancia o de lucro, se establecen éstas a prorrata de lo que cada cual contribuye; pero si se expresan, se observará el contrato, no obstante cualquiera

[1] 1843 agrega: recayendo todo el gravamen sobre el otro (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

desigualdad que haya en él. Y si el uno contribuye con cosas y el otro con servicios, se comunica el lucro y el daño; pero no el capital, a menos que por el contrato se trasfiera su dominio.

Disuélvese la sociedad: 1º por muerte natural o civil de cualquiera de los socios, aunque se haya pactado que pase a los herederos, los cuales están sólo obligados a las resultas del contrato, no a permancer en él; pero puede pactarse que muerto uno de los socios, subsista entre los demás la sociedad. Exceptúase la sociedad de rentas públicas, la cual pasa a los herederos si así se ha convenido, a menos que muera el socio por cuya causa se estableció principalmente la sociedad, o cuya industria era necesaria para administrarla; 2º por mutuo disenso o por renuncia de uno de los socios, sin embargo de que se haya pactado lo contrario, con tal que no se haga en ausencia del socio, con dolo e intempestivamente. La renuncia dolosa vale siempre en cuanto perjudica al renunciante; 3º por expiración de los negocios o del tiempo por que había sido establecida la sociedad; 4º por cesión o publicación de bienes; y 5º por destrucción de la cosa.

Este contrato da a cada uno de los asociados la acción directa *pro socio* contra los compañeros o sus herederos, para que se traigan a colación las cosas comunes, se dé cuenta, se comuniquen las utilidades y pérdidas y se resarzan los daños producidos por culpa leve a lo menos.

Título 27

Del mandato

Dig. Lib. 17, tít. 1º — Cód. Lib. 4º, tít. 35 (a)

El mandato es un contrato consensual por el que nos obligamos gratis a la administración de un negocio ajeno honesto que se nos encomienda por confianza. Diferénciase

(a) Desde la ley 20 a la 25 del tít. 12 de la P. 5 — y tít. 5 P. 3 y tít. 31. L. 5. N. R.

pues de la gestión de negocios que se emprende espontáneamente sin comisión del interesado; de la locación que supone un salario por un servicio; del consejo por el cual no se comete efectivamente un negocio; y del que no nace obligación alguna si no es fraudulento; de la recomendación que no es obligatoria para la persona a quien se hace; y en fin, el precepto que solamente es obligatorio para los súbditos.

Hay mandato expreso y tácito. Se llama particular el que abraza ciertas cosas determinadas, y general el que abraza todos los bienes. El general se divide en simple y *cum libera,* esto es, con la libre administración de los negocios del mandante.

Divídese también en judicial y extrajudicial, según la calidad del negocio, y en puro, condicional e *in diem.* Hay mandato *in rem alienam* en que obramos a nombre y provecho de otro, y mandato *in rem suam* en que obramos a nombre de otro pero en provecho nuestro; tal es el mandato del cesionario. Justiniano presenta cinco especies de mandato, es a saber, a pro del mandante, a pro de ambos contratantes, de un tercero del mandante y de un tercero del mandatario y de un tercero. Puede añadirse una sexta especie si el mandato cede a un mismo tiempo en utilidad de ambos contratantes y de un tercero.

Hay mandato que por su excesiva incertidumbre no vale, como el de comprar una casa [1] sin señalarse porción, dueño, tamaño ni precio; pero vale el de comprar un caballo o un siervo, porque aquí la incertidumbre está reducida a límites más estrechos.

Si el mandato cede en utilidad del mandatario solo, no nace entre las partes obligación alguna, pues entonces es un mero consejo; v. gr. si te encargo que prestes a interés en lugar de comprar una tienda, no contraigo obligación alguna, aunque te resulte perjuicio de seguir mi consejo. Pero

[1] 1843 dice: cosa (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

si te encargo que prestes a interés a Ticio, hay mandato, supuesto que sin mi intervención no hubieras prestado.

El consejo doloso da al mandatario la acción de dolo.

El mandato se contrae por el mero consentimiento, y éste se cumple por la ratificación. No admite salario; pero sí honorario; sin embargo, si interviene salario subsiste la acción de mandato en todas aquellas cosas que hubieran podido exigirse sin el salario; pero no hay acción de mandato para reclamar el salario mismo, el cual sólo puede demandarse extraordinariamente si se ha prometido, aunque haya sido por un pacto desnudo. No habiendo pactado ningún salario de cantidad cierta, no hay acción alguna, lo cual sólo se aplica a los que prestan servicios de amistad, no a los abogados, procuradores, etc. El honorario de *quota litis* es prohibido. El mandato de cosa ilícita o contraria a las buenas costumbres es nulo.

El mandatario que excede las facultades que se le han confiado, no obliga al mandante sus actos. Si se excede el mandatario pagando v. gr. doce por un fundo que se le mandó comprar en diez, tiene acción a diez o a la restitución del fundo. El mandatario no puede ordinariamente sustituir; pero si lo hiciere y ejecuta la cosa igualmente bien por medio de otro, obliga al mandante. Asimismo presta ordinariamente la culpa levísima, y por el dolo y culpa lata recae sobre él la nota de infamia, lo que no sólo tiene lugar en el juicio directo, sino en el contrario, cuando el mandante rehusa dolosamente la indemnidad debida al mandatario que se ha obligado por él.

Expira el mandato por mutuo disenso, y también por la revocación del mandante en tiempo hábil, por la renuncia no intempestiva del mandatario y por muerte de cualquiera de los contrayentes. En caso de muerte del mandante ignorada por el mandatario, hay acción contra los herederos de aquél. La muerte disuelve el mandato aunque el mandante haya dispuesto lo contrario, a menos que el mandato recaiga

sobre cosas que sólo pueden ejecutarse después de la muerte del mandante.

Produce este contrato una acción de mandato directa contra el mandatario o sus herederos para que se cumpla la comisión o cargo aceptado, o se pague *id quod interest*, se entregue la cosa adquirida por el mandato y sus frutos, y se preste aún la culpa levísima; y la acción de mandato contraria contra el mandante y sus herederos para pago de gastos y resarcimiento de daños.

TÍTULO 28

De las obligaciones que nacen de cuasi-contrato

Los cuasi-contratos son hechos honestos por los cuales contraemos obligación aun sin saberlo, en virtud de un consentimiento que se presume por utilidad o por equidad; por consiguiente, se extiende esta clase de obligaciones a los pupilos y furiosos. Los principales cuasi-contratos son la gestión de negocios, la tutela, la administración de una herencia, la de una cosa común, la adición de una herencia y el pago de lo indebido.

La gestión de negocios es un cuasi-contrato en que alguno emprende gratis, espontánea y extrajudicialmente administrar un negocio ajeno sin conocimiento de su dueño. El gestor de negocios se distingue fácilmente del mandatario que tiene un mandato efectivo, y del procurador defensor que sólo se hace cargo de un negocio judicial y no es admitido sin fianza de *judicatum solvi*. El gestor es obligado a prestar diligencia exacta, y si él se antepusiere a otra exactísima; pero si lo ha hecho por necesidad, sólo presta el dolo y culpa lata. Si contra la costumbre del dueño ausente le expone a contingencias peligrosas, presta aun los casos fortuitos. Las gestiones obligan al dueño ignorante, y no cesa la obligación de éste, aunque la gestión útilmente comenzada

no tenga un suceso feliz. Son también del cargo del dueño los gastos y daños que la gestión ocasionare al gestor. Se da al dueño contra el gestor de negocios o sus herederos la acción directa *negotiorum gestorum* para que se dé cuenta y se responda no sólo de los daños causados, sino del lucro omitido por su negligencia, restituyéndose los bienes con sus frutos y prestándose varios grados de culpa. La contraria se da al gestor contra el dueño o sus herederos, demandando indemnización incluso el lucro cesante. No tiene lugar si se ha gestionado contra la voluntad del dueño o con ánimo de donar.

La tutela es un cuasi-contrato por el que el tutor, tomando bajo su cuidado la persona y bienes del pupilo, se obliga a dar cuenta, tanto de lo que haga como de lo que deje de hacer en materia de daño causado y de lucro omitido y a prestar la culpa leve y, si se ofrece voluntariamente a servir su cargo, la levísima; y el pupilo se obliga a indemnizarle. La acción directa de tutela compete al pupilo después de cumplida la tutela contra el tutor o sus herederos para que se den las cuentas, y se preste por el tutor la culpa leve, y por los herederos la culpa lata. La contraria compete al tutor para repetir perjuicios. Se dan acciones útiles, semejantes a éstas, a los menores y curadores.

La comunión de herencia y de cosa no es cuasi-contrato sino derecho *in re;* pero el administrador de la herencia o de la cosa común cuasi contrae con los herederos y comuneros obligándose a la división y a dar cuenta, y obligándolos recíprocamente a cualesquiera prestaciones personales que le quepan a título de daño, lucro o gastos. Nacen de estos cuasi-contratos las acciones dobles *familiae erciscundae y communi dividundo.* Los herederos prestan la culpa leve en concreto, esto es, la diligencia de que son capaces y que suelen poner en sus negocios personales.

La adición de la herencia es un cuasi-contrato por el cual el heredero se obliga respecto a los legatarios y fideicomisarios. No cuasi contrae con los acreedores, porque con respecto

a éstos no hace más que sustituirse al difunto. Nace de aquí la acción personal *ex testamento* contra el heredero, para que preste los legados y fideicomisos con todas sus accesiones y los intereses de la mora, y además los daños inferidos aun por culpa levísima. Dase la misma acción contra los legatarios y fideicomisarios a quienes se ha impuesto algún legado.

En fin, la solución de lo no debido es un cuasi-contrato en que pagando por error lo que ni aun naturalmente debemos, obligamos al que lo recibió a restituirlo. Este error según algunos debe ser de hecho, porque pagando de más a sabienda donamos, y porque el error de derecho daña; menos a las mujeres, labradores, soldados y niños. Pero según otros la ignorancia de derecho no daña en la causa de *damno vitando,* y por consiguiente no perjudica en la solución de lo no debido. La duda goza del mismo favor que el error.

Dícese que ni aun naturalmente debemos, porque interviniendo cualquiera obligación natural no podríamos repetirlo, a no ser que el derecho lo desautorizase naturalmente, como sucede con la de los pupilos, pródigos y mujeres que se obligan por otro, y porque si la obligación fuese meramente civil, tendría lugar la repetición. Aun cuando se goza de una excepción perpetua como la de cosa juzgada, si esta excepción no extingue la obligación natural, se niega la restitución. Si se recibe a sabiendas no sólo tiene lugar por el cuasi-contrato la condición *indebiti,* sino por el delito de condición furtiva.

La condición *indebiti* es de derecho estricto contra el supuesto acreedor o su heredero para la restitución de lo indebidamente pagado con sus frutos y accesiones, y sólo tiene lugar en cuanto el que lo recibió se ha hecho más rico. Esta condición se distingue fácilmente de la condición *causa data causa non secuta,* por la que se repite lo dado por no haberse verificado la causa porque se dio; y de la condición *ob turpem causam* por la que se repite lo que se dio por una causa que era ilícita sólo respecto del que recibió.

TÍTULO 29

Por qué personas se adquiere la obligación

Cod. Lib. 4º, tít. 27

[1] Adquirimos las obligaciones por las mismas personas por cuyo medio adquirimos las cosas; por lo que el hijo de familia adquiere para sí las acciones que provienen de los peculios castrense y cuasi castrense; para su padre las originadas del profecticio, y en las del adventicio adquiere el hijo la propiedad y el padre sólo el usufructo.

En las obligaciones procedentes de contrato se atiende al principio, a diferencia de lo que sucede en los legados. Retrotráese pues la condición existente al principio; por lo que el hijo de familia adquiere para el padre y el siervo para el amo, aunque se estipule para el tiempo en que lleguen a ser *sui juris,* y aunque la condición exista después de la emancipación o manumisión.

TÍTULO 30

De qué modos expira la obligación

Dig. Lib. 46, tít. 2, 3 y 4. — Cod. Lib. 8º, tít. 42, 43 y 44 (a)

La obligación una vez constituida o se extingue por una excepción, o *ipso jure.* En el primer caso se necesita oponer la excepción; en el segundo cesa la obligación en fuerza de la ley sola sin necesidad de alegar causa.

Los modos que destruyen las obligaciones *ipso jure* o son comunes a todos los contratos como la solución, la oblación y consignación, la compensación, la confusión, la destruc-

[1] 1843 agrega: Por qué personas se adquiere la obligación. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
(a) T. 14. P. 5.

ción de la cosa, el concurso de dos causas lucrativas en una misma persona y cosa y la novación; o son propios de ciertos contratos como la aceptilación y el mutuo disenso.

La solución es la prestación de aquello a que somos obligados. No la hacen rectamente el furioso, el pupilo ni el menor, si no interviene la autoridad del tutor, o el consentimiento del curador; ni se hace eficazmente a los mismos sino del mismo modo y por decreto de magistrado; por regla general es recta y eficaz si la hace aquél o se hace a aquel que tiene la libre administración de sus cosas; mas no importa que la haga por sí o por otro, o que sea con su consentimiento o contra su voluntad. El acreedor no puede rechazar el pago ofrecido por un extraño, y el que pagó por otro contra su voluntad no tiene acción contra él, si no es que el acreedor le ceda la suya.

No satisface el que presta una cosa por otra sin voluntad del acreedor, ni tampoco se puede, si éste no quiere, hacer la prestación por partes, a no ser que la deuda no esté liquidada del todo, ni cumplir en otro lugar y tiempo que el que se ha convenido.

Hecha la solución conforme a derecho se extingue *ipso jure* la obligación, libertándose el reo, los fiadores, prendas o hipotecas; pero por lo que respecta a la prenda, si no quedan otras deudas, porque ellas darían al acreedor el derecho de retención. Si ofrecido el pago, el acreedor lo rechaza sin derecho, tiene lugar la consignación, esto es, se sella, y deposita la cantidad con intervención del juez y con citación del acreedor [1].

La compensación es la colación de créditos y deudas mutuas. No entran en ella las deudas naturales de todo punto ineficaces, ni las deudas no liquidadas, ni las contraídas bajo condición o *ex die* ni puede compensarse la especie con el género, ni un género con otro diverso, ni el delito con otro delito; ni tiene lugar la compensación entre varios deudores y acreedores.

[1] 1843 falta toda la frase. (Comisión Editora. Caracas).

La confusión es la reunión de la obligación del deudor y del derecho del acreedor en una misma persona.

[1] Por este medio se libra el deudor principal, hace cesar los intereses, y el peligro de la cosa es por cuenta del acreedor.

La destrucción de la cosa es sólo relativa a la especie, porque ni el género ni la cantidad perecen; y no liberta al deudor moroso (a no ser que la cosa hubiese [2] perecido igualmente en poder del acreedor); ni al que ha tenido culpa en la destrucción. Los ladrones y violentos poseedores no se libertan de ningún modo por la destrucción de la cosa.

La novación es la conversión de la primera obligación en otra, sea civil, sea natural, por medio de la estipulación. Puede novarse toda especie de obligación de cualquier modo que se haya contraído, y pasar de civil a natural, aun de las que carecen de todo efecto legal. Sólo en los contratos consensuales se verifica que el consentimiento desnudo baste para disolver o novar la obligación; bien que en el día estando desusada la estipulación, produce sus efectos aun un pacto simple.

Junto con la primera obligación se desvanece la mora habida en ella, el peligro de la destrucción de la cosa, la pena a que la obligación estaba afecta, y el privilegio de tener preferencia en las prendas o hipotecas; pero si las prendas de la primera obligación se repitieren en la segunda, el acreedor conserva el orden y prerrogativas de tiempo para ser preferido al acreedor posterior, a quien fueron obligadas las mismas prendas, antes de la novación.

Divídese la novación en voluntaria que se hace por estipulación, y necesaria que se hace por la contestación de la litis: la primera se hace con delegación o sin ella: sin delegación cuando permaneciendo el mismo deudor y acreedor o se muda la especie de la obligación v. gr. si el que debe por

[1] 1843 agrega: La oblación es la oferta de toda la suma debida hecha por el deudor en tiempo y lugar propio, y se llama consignación el acto de sellarla y depositarla en juicio con citación del acreedor si éste no quiere recibirla. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[2] 1843 dice: hubiere (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

causa de mutuo, se constituye reo de estipulación con ánimo de novar, o se añade o quita algo a la primera obligación v. gr. condición, fiador o día; bien entendido que, si se añade condición y ésta falta, subsiste la obligación anterior; o cuando sin mudar cosa alguna de la obligación anterior declaramos la intención de novarla.

Por constitución de Justiniano no se presume ánimo de novar, si no se declara expresamente, y no interviniendo esta declaración, ambas obligaciones subsisten. Sin embargo la opinión más común es que puede suplirse esta declaración por presunciones vehementes, y cuando la segunda obligación tiene algo de repugnante o contrario[1] a la primera, la cual se destruye entonces, si no *ipso jure*, a lo menos por excepción. El subsistir ambas obligaciones produce este efecto, que ambas dan acciones eficaces, y lo que falta en una de ellas se suple por la otra, subsistiendo los fiadores de la primera, aunque se hayan dado otros nuevos. Si ambas obligaciones pareciesen ser de una misma cosa, la solución hecha por una de ellas destruye la otra.

Libértase el deudor por la delegación; aunque el delegado no lo sea por mandato efectivo y no esté después solvente; mas la delegación debe hacerse con voluntad del acreedor y consentimiento del delegado. Entre el delegante y el delegado interviene las más veces mandato, y entre el acreedor y el delegado estipulación.

La novación voluntaria produce el mismo efecto que la solución. El efecto de la novación necesaria o contestación de la litis, es que principiado el juicio, la acción temporal se hace perpetua, y puede ya pasar contra el heredero, y condenado el reo hay contra él una nueva acción además de la anterior, la acción *judicati.* Mas en esta especie de novación hay de singular que la acción anterior no expira por ella, antes bien, todas sus utilidades y prerrogativas quedan salvas.

La aceptilación es un acto legítimo en que interrogando

[1] 1843 dice: contradictorio (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

el deudor y respondiendo congruentemente el acreedor, se disuelve la obligación contraída por una estipulación anterior. No admite por consiguiente condición ni día, y el pupilo aun sin la autoridad del tutor puede interrogar mas no responder. Puede asimismo por su medio extinguirse no solamente toda la deuda, sino parte de ella, siendo la cosa divisible. La remisión por pacto desnudo de *non petendo* produce solamente excepción, mas no extingue la obligación *ipso jure,* como lo hace la aceptilación.

Como la aceptilación es relativa a la estipulación, no disuelve *ipso jure* los contratos reales, literales o consensuales; pero produce las excepciones que se llaman *pacti conventi,* y *doli mali;* pero Cayo Aquilio Galo inventó un medio de hacerla extensiva a toda especie de contrato, convirtiendo la primera obligación en verbal por estipulación, y destruyendo esta estipulación por otra nueva. Hoy el pacto de *non petendo* produce el mismo efecto.

El mutuo disenso, que se refiere sólo a los contratos consensuales, es una obligación contraria a la primera aun no cumplida. De aquí se sigue que la obligación consensual sólo puede disolverse por mutuo disenso *re integra.*

FIN DEL LIBRO TERCERO

LIBRO CUARTO

TÍTULO I

De las obligaciones que nacen del delito

Dig. Lib. 47, tít. 2º — Cod. Lib. 6º, tít. 2º (a)

La tercera causa de las obligaciones es el delito *(maleficium)*. Delito en general es un hecho ilícito por el que la persona que lo comete voluntariamente, se obliga a la restitución, si es posible, y a la pena. A la pena se obliga sólo el delincuente; a la restitución quedan obligados sus bienes. Se divide en público, que tiende directamente a la lesión de la comunidad, y se juzga y castiga públicamente, de cuya clase de delitos se habla en el último título de este libro; y privado que daña a los particulares, a favor de los cuales nace en consecuencia una obligación y una acción. Los delitos públicos se llaman propiamente crímenes, aunque este nombre se aplica también a los privados en cuanto ofenden al orden social; por lo que puede conocerse de ellos criminalmente, no ya demandando lo que se debe a los injuriados, sino la pena correspondiente al hecho, que puede ser corporal o pecuniaria; y si es pecuniaria se aplica al fisco. De los públicos, o se conoce en juicios ordinarios que nacen de una ley expresa, o en juicios extraordinarios que no nacen de ley alguna. Los delitos privados se llaman maleficios o delitos propiamente dichos.

Las acciones que nacen de delitos o son persecutorias

(a) T. 14. P. 7 y tít. 14 L. 12 Nov. R.

de cosa como la condición furtiva, o persecutoria de pena, como la acción de hurto, o persecutorias de cosa y pena como la acción de la ley Aquilia contra el que niega el daño.

Las obligaciones de esta tercera clase nacen todas de un hecho ilícito, es a saber, el hurto, el robo, el daño y la injuria. En este título se trata en particular del hurto.

Hurto es el acto de tomar fraudulentamente una cosa ajena con ánimo de lucrarla. De aquí se sigue: 1º que el hurto es de cosa corporal y mueble; 2º que si no se llega a tomar la cosa no se ha cometido hurto, y sólo compete la acción de injuria o de fuerza; 3º que la intención de hurtar no constituye el hurto, salvo que éste se haya hecho con la industria o auxilio de alguno; 4º que en tanto tiene lugar la acción de hurto, en cuanto haya aprehensión u ocupación; 5º que no comete hurto el furioso, el mentecato, el infante y el próximo a la infancia; pero sí el próximo a la pubertad, bien que se le mitiga la pena; 6º que la extrema necesidad disculpa el hurto; 7º que no se puede hurtar cosa propia, a no ser justamente poseída por otro, que es el caso del hurto de posesión; 8º ni *cosa nullius* como la herencia yacente, porque este delito llamado *espilatae hereditatis* se castiga extraordinariamente; 9º que si algo sustrae la mujer al marido, o el marido a la mujer antes del divorcio, la comunidad de uso introducida por el matrimonio excluye la acción de hurto, y sólo tiene lugar la acción *rerum amotarum;* 10º tampoco se entiende hurtar el hijo de familia al padre, porque no nace entre ellos acción alguna; 11º que si no se toma lo ajeno *lucri causa,* sólo tiene lugar la acción de daño de la ley Aquilia, si se ha tomado *nocendi causa,* o la acción de injurias si *contumeliae causa,* porque en general el hurto no se comete sin intención de hurtar.

El hurto es de cosas [1], de uso o de posesión. Comete hurto de cosa el que hurta una cosa cualquiera ajena, en lo que se comprende al hijo de familia, mas no al hombre *sui juris,*

[1] 1843 dice: cosa. (Comisión Editora. Caracas).

ni al siervo fugitivo, ni a aquellos en quienes se comete el crimen de plagio.

Hurto de uso es el que se comete, o usando una cosa contra la voluntad de su dueño, o de un modo diferente del que se ha convenido.

Hurto de posesión comete el deudor que sustrae la prenda, quitando al acreedor la posesión natural de ella.

Los romanos dividían [1] el hurto en *manifiesto,* si el delincuente era sorprendido en el hecho o en el lugar del hurto o antes de llevar la cosa a su casa; *no manifiesto,* si el ladrón no era sorprendido de este modo; *concebido* cuando la cosa furtiva buscada con testigos y cierto rito legal, se encontraba en poder de otro, aunque éste no fuese el ladrón; *ofrecido,* cuando la cosa furtiva era llevada a poder de otro, con ánimo de que se hallase más bien en poder de este segundo, el cual la recibía sin dolo; *prohibido,* cuando se ponía embarazo a la persona que acompañada de testigos buscaba [2] la cosa furtiva; *inexhibido,* si alguno no exhibió la cosa furtiva que se buscaba y se encontró en su poder. Del hurto manifiesto nace la acción penal persecutoria *in quadruplum,* del no manifiesto *in duplum,* del concebido antes *in triplum* después *in duplum,* del ofrecido *in triplum,* del prohibido y del no exhibido *in duplum.* Esta última acción es pretoria. Abolida la inquisición ritual, las acciones de hurto concebido, ofrecido, prohibido y no exhibido cayeron en desuetud.

Al ladrón nocturno se puede matar, si no es posible evitar el peligro de otro modo [3], y si el que lo mata lo atestigua así clamando en voz alta; al diurno sólo cuando se defiende con armas.

Divídese también el hurto en doméstico y no doméstico, y se distingue de los demás hurtos el abigeo, baluario, directario, etc., los cuales se castigan extraordinariamente y con más severas penas. Los peculadores, sacrílegos y plagia-

1 1843 dice: dividen. (Comisión Editora. Caracas).
2 1843 dice: busca (Comisión Editora. Caracas).
3 1843 suprime: "de otro modo". (Comisión Editora. Caracas).

rios se castigan en juicios públicos ordinarios. Hoy se divide generalmente el hurto en simple y calificado, que es el que tiene alguna circunstancia agravante.

Si se intenta acción civil, o se persigue la cosa o la pena. La acción rei persecutoria es la condición furtiva o la vindicación. Dase la primera no sólo al dueño y al poseedor de buena fe, sino a los herederos del dueño, contra el ladrón ya posea o ya dolosamente haya dejado de poseer, y contra sus herederos, para que restituyan la cosa furtiva con todas sus pertenencias o su valor.

La acción pen-persecutoria [1] es la de hurto, que se da no sólo al dueño sino al acreedor pignoraticio y a todo aquél a quien toque el peligro de la cosa y que se halle solvente, contra el ladrón o el que le dio industria o auxilio, o recibió la cosa robada a sabiendas; y esta acción es *in duplum* contra el ladrón no manifiesto, e *in cuadruplum* contra el manifiesto. Dase la condición furtiva o la vindicación aunque se haya pagado la pena.

Esta acción no pertenece al dueño, sino cuando le interesa que no perezca la cosa, y cuando este interés procede de causa honesta. A los que no tienen este interés no se da semejante acción, por lo que no pertenece nunca al ladrón ni al poseedor de mala fe. Tampoco se da esto a todos aquellos que tienen un interés cualquiera en la cosa, sino a aquéllos por cuyo descuido haya sido hurtada cuando por voluntad del dueño la tenía en su poder. El acreedor pignoraticio puede ejercer esta acción contra el dueño.

Criminal y extraordinariamente se procede contra el ladrón para que pague una multa pecuniaria, o sufra una pena corporal o capital. Esta última y la mutilación fueron abolidas por Justiniano.

Por la ley de las doce tablas se castigaba al ladrón manifiesto con la pena de azotes, después de la cual se le entregaba en servidumbre a la parte injuriada, y si era siervo se

[1] 1843 dice: "pena persecutoria". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

le mandaba precipitar de la roca Tarpeya; a los ladrones no manifiestos se les imponía por la misma ley la pena del duplo. Los pretores conmutaron la pena anterior del ladrón manifiesto en la pena del cuádruplo. Con el trascurso del tiempo se volvió a conocer criminalmente del hurto castigándolo según su calidad; y esta práctica fue más frecuente que la acción civil de hurto en el tiempo de la jurisprudencia media. Justiniano ordenó últimamente por la Nov. 134 que no se castigase el hurto con la muerte o mutilación, sino con multa, destierro, azotes, etc.

Título II

Del robo

Dig. Lib. 47, tít. 8º — Cod. Lib. 9º, tít. 33 (b)

El segundo delito privado es el robo, que es el acto de quitar violentamente una cosa ajena con ánimo de lucrarla y con dolo. La violencia le distingue del hurto.

No es robo la invasión de una cosa inmueble, por lo cual la acción que se intenta es o la del interdicto *unde vi* o la de la ley Julia *de vi publica vel privata.* Tampoco lo es arrebatar una cosa que se cree propia, lo que se castiga, si es propia, perdiendo el dominio, y si es ajena, perdiendo su valor para la persona ofendida. El acreedor que ocupa violentamente la cosa del deudor pierde su derecho, y además está sujeto a la acción de robo que se llama *vi bonorum raptorum* y al juicio público de la ley Julia. Como en este delito se atiende al dolo no puede acusarse de robo al simple, furioso ni demente.

La acción de hurto tiene lugar contra el robador, y además la acción pretoria *vi bonorum raptorum,* que es mixta, persiguiéndose por ella la cosa y la pena. Compete al dueño y a la persona a quien interesa, contra el robador, dentro

(b) T. 13. P. 7 y T. 15. L. 12. Nov. R.

del año *in quadruplum,* pasado el año *in simplum.* Pero el judío contra el cristiano solamente *in simplum.* El cuádruplo contiene el precio de la cosa y la pena, al paso que si se intenta la acción de hurto compete además la condición furtiva o la vindicación. Persíguese criminalmente a los que roban a mano armada y a los salteadores; y la acción criminal de la ley Julia, se aplica a toda especie de robos.

Para que competa la acción pretoria *vi bonorum raptorum* basta que el ofendido tenga interés en ella como locatario, comodatario, acreedor pignoraticio, depositario, poseedor de buena fe, usufructuario, o bajo cualquiera otro respecto, en cuyos casos el objeto de la acción es el recobro de aquello en que se ha recibido perjuicio. Generalmente compete por las mismas causas que la acción de hurto.

TÍTULO III

De la ley Aquilia

Dig. Lib. 9º, tít. 2º — Cód. Lib. 3º, tít. 35 (c)

El daño injurioso *(damnum injuria datum)* que se vindica por la ley Aquilia, es cualquiera diminución de nuestro patrimonio irrogada contra derecho por un hombre libre. Porque si el siervo (y antiguamente el hijo de familia) causaba el daño, éste se llamaba *noxia,* y si lo causaba un cuadrúpedo, *pauperies.* Se da contra el dañador la acción de la ley Aquilia no sólo por dolo sino por culpa aun levísima; por lo que esta ley pertenece no sólo a los delitos, sino a los cuasi-delitos, pero no se extiende a los que carecen de razón, ni a los próximos a la infancia. Tampoco se da dicha acción cuando el daño ha sido hecho sin injuria, como cuando se mata o hiere a un agresor o un ladrón, empleando lo que llama el derecho natural *moderamen inculpatae tutelae,* en

(c) T. 15. P. 7.



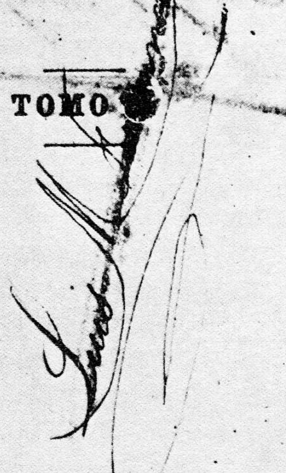
ESPLICACIONES

DE

DERECHO ROMANO.

ARREGLADAS AL ESTUDIO DEL RAMO EN LA SECCION UNIVERSITARIA.

TOMO



SANTIAGO DE CHILE.

LIBRERÍA CENTRAL DE AUGUSTO RAYMOND,

CALLE DE LOS HUÉRFANOS, NÚM. 29 B.

1869.

Facsímil de la portada de la edición de 1869, de las *Explicaciones de Derecho Romano*. Es la primera edición.

cuyo caso se halla el que mata al agresor que le ataca con violencia injusta, poniendo en peligro su vida, cuerpo o bienes, si le mata en el acto mismo y por causa de la propia defensa. El caso fortuito no da la acción de esta ley ni tampoco la produce directamente, la herida o muerte del hombre libre, sino sólo el perjuicio recibido en sus bienes.

Tres eran las cláusulas principales de la ley Aquilia: 1ª si alguno mataba contra derecho a un siervo o animal ajeno, se le condenaba en tanto dinero a favor del dueño, cuanto fuese el mayor precio del animal o siervo en el año. Se refería pues esta cláusula no a todo daño, sino al designado en ella; ni a la muerte de todo animal, sino de aquellos que forman ganados o rebaños, comprendiendo en este número al cerdo.

El año debía contarse desde el día de la muerte hacia atrás [1]. Esta primera cláusula da una acción penal al dueño o al interesado en la cosa, contra el matador o matadores *in solidum;* pero no contra los herederos de éstos, sino en cuanto por el delito se hayan hecho más ricos [2]: mas la acción pasaba siempre a los herederos del interesado o del dueño. Hoy la acción no es penal.

La segunda cláusula cayó en desuetud y es desconocida.

Tercera: si alguno matare otras especies o causare algún otro daño, se le condena a pagar tanto dinero al dueño, cuanto fuere el mayor aprecio de la cosa en los treinta días anteriores. Dábase la acción al dueño o al interesado en la cosa. Si el herido era libre se le daba la acción útil [3] de la ley Aquilia para demandar indemnización hasta de lucro cesante; pero sin tomar en consideración los padecimientos físicos, la deformidad, ni el valor de afección. Negándose el delito, se dobla la litis.

Competía la acción de la ley Aquilia, si el daño se causaba cuerpo a cuerpo: si a cuerpo, pero no con una acción e

1 1843 agrega: como hacia adelante. (Comisión Editora. Caracas).
2 1843 dice: haya hecho más rico. (Comisión Editora. Caracas).
3 1843 dice: última. (Comisión Editora. Caracas).

impulso físico, se daba la acción útil; y si faltaba una y otra condición, producía también según algunos la acción útil.

El término de acción directa tiene varios sentidos según el término correlativo, es decir, según se le contraponga [1] a la acción preparatoria, como es la acción *ad exhibendum* [2]; a la acción contraria, o a la penal, o a la útil. En este último sentido las acciones útiles han sido introducidas o por interpretación de los jurisconsultos, o por la equidad pretoria, o también por la equidad de la ley civil, que da una acción útil cuando existe ya en otro la directa, porque en rigor una misma acción no puede pertenecer a dos.

Las acciones pretorias eran todas útiles; mas entre ellas había también algunas que dimanaban de la interpretación del edicto del pretor, y que eran, por decirlo así, útiles del segundo grado.

Las acciones *in factum* son subsidiarias de las acciones útiles, como éstas lo son de las directas; y las da el pretor, cuando no nacen ni de las palabras ni de la mente de la ley.

Título IV

De las injurias

Dig. Lib. 47, tít. 10. — Cód. Lib. 9°, tít. 35 y 36 (d)

Injuria en su significado más general quiere decir todo acto contra derecho, y especialmente significa cualquier hecho o dicho dirigido a la infamia, desprecio o dolor de otro que es el sentido en que la tomamos aquí.

La injuria es real o verbal: a la primera pertenecen las pinturas o caricaturas injuriosas, y a la segunda el libelo en el sentir de la mayor parte.

Injuria real es la que se infiere por un hecho que veja,

[1] 1843 dice: v. g. cuando se opone (Comisión Editora. Caracas).
[2] 1843 agrega: o cuando se opone (Comisión Editora. Caracas).
(d) T. 9. P. 7 y tít. 25. L. 12. Nov. R.

ridiculiza o infama a otro; y verbal la que se infiere con palabras, usando de epítetos que infaman o desprecian. Si lo que se imputa es verdadero, es excusable la imputación cuando se trata de cosa que interesa al público y se presume ánimo de que se reciba a prueba por el magistrado; mas no cuando la imputación es dictada por la ira o el odio y se presume solamente ánimo de injuriar; ni tampoco cuando se trata de cosa que no interesa al público, v. gr., un delito ya castigado, o una enfermedad o defecto corporal. La que se hace por escrito se llama libelo infamatorio, o libelo famoso, o simplemente libelo. La ley de las doce tablas imponía pena capital. La ley Cornelia la castigó después con la intestabilidad; y las constituciones imperiales restablecieron la pena capital, comprendiendo en ella al que propaga y circula el libelo; pero sólo cuando la imputación era crimen capital: de otro modo el castigo era menos severo, proporcionándose a las circunstancias según el arbitrio del juez.

La injuria se divide asimismo en simple o atroz, y la atrocidad se estima o por la naturaleza del hecho, o por la publicidad del lugar, o por la calidad de las personas.

La injuria no puede contraerse sin dolo, y por consiguiente no puede cometerse por los que son incapaces de él, ni se presume en la chanza, o en el golpe accidental, o en las censuras con ánimo de producir enmienda; pero estas presunciones ceden a la prueba contraria del actor.

Puede intentar la acción de injurias no sólo el injuriado sino el padre bajo cuya potestad se halla, el esposo o marido, no la esposa o mujer, y también el suegro. La injuria hecha al siervo puede vindicarla el amo si redundase en daño o contumelia suya, y no de otro modo; a menos que hubiese algo de atroz o inhumano en el hecho, en cuyo caso no lo dejaba impune el pretor, aunque se hiciese sin ofensa del dueño. La injuria que se hace a la fama del testador después de sus días, puede también vindicarla el heredero.

Por la injuria puede procederse civil o criminalmente, por el edicto pretorio, y por la ley Cornelia *de injuriis*[1].

Por la ley de las doce tablas, la pena de la injuria era la del talión en caso de fractura de miembro, y pecuniaria en algunos casos. Esta ley cayó en desuetud y le sucedió la acción pretoria o estimatoria que se da al injuriado (no al heredero) contra el que por sí o por agencia de otro hizo la injuria (no contra su heredero) *ad id quanti actor injuriam estimaverit.*

Dase también acción criminal extraordinaria en persecución de una pena arbitraria, que es capital contra el autor o divulgador de libelos, o por la naturaleza de la[2] injuria o del lugar, cosa o persona sagrada. La primera de estas acciones expira en el año; y persiguiendo ambas la pena no pueden acumularse. El actor y el reo de la primera pueden ser representados por procuradores, lo que no se concede en la segunda, sino a las personas ilustres.

La acción civil de la ley Cornelia no se da por cualquiera injuria, sino a los que han recibido golpes, o cuya casa ha sido allanada por fuerza, contra el injuriante o su instigador, no contra sus herederos, *ad id quanti actor injuriam estimaverit.* Expira en treinta años. La criminal de la misma ley se da los mismos contra los mismos en persecución de una pena pública. Expira en veinte años.

[3] En la práctica la estimación de la injuria se modera por arbitrio del juez, y no se concede al actor cuando las leyes locales la designan. Además se da acción en muchas partes para pedir la palinodia, o retracción. Esta acción es reipersecutoria, y así puede acumularse con la estimatoria o criminal que son persecutorias de pena. En el foro se hace gran diferencia entre la palinodia, la deprecación y la declaración de honor. En la primera confiesa el reo haber

1 1843 agrega: "a que se agrega el remedio extrajudicial de la retorsión". (Comisión Editora. Caracas).

2 1843 no figura: la naturaleza de la. (Comisión Editora. Caracas).

3 1843 agrega: El que retuerce la injuria verbal en el acto pierde las acciones judiciales. (Comisión Editora. Caracas).

mentido y se desdice; en la segunda manifiesta arrepentimiento y pide perdón; en la tercera declara que tiene y siempre ha tenido al actor por hombre de bien. Ésta suele ordenarse por las palabras de sentido ambiguo: la primera sólo en casos de la mayor gravedad.

Todas estas acciones expiran: 1º por la prescripción; 2º por la remisión expresa o tácita que se infiere por el trato familiar con el reo; y 3º por muerte de cualquiera de las partes, si no se ha contestado la litis [1].

TÍTULO V

De los cuasi-delitos

Dig. Lib. 47, tít. 5º — Cód. Lib. 9º, tít. 3º (m)

Los cuasi-delitos son hechos ilícitos cometidos sin dolo y con culpa.

Es cuasi-delito: 1º el del juez que hace suya la litis, esto es, que juzga contra derecho. Si juzga con dolo, comete delito y es condenado en la verdadera estimación de la litis, perdiendo el honor y empleo. Si juzga con culpa se le condena en una multa arbitraria y está sujeto a la acción *in factum* que se llama *de syndicatu*: omitida la apelación, no tiene acción la parte perjudicada a que se revoque la sentencia, si no es absolutamente nula; pero esto no liberta al juez de que se proceda contra él [2].

Segundo: los habitantes de altos por lo que arrojan o derraman causando daño a los que pasan. Éstos [3] o sus herederos tienen acción *in factum*, contra los cuasidelin-

1 1843 el párrafo está redactado de esta otra manera: Todas estas acciones expiran: 1º por la retorsión; 2º por la prescripción; 3º por la remisión expresa o tácita que se infiere por el trato familiar con el reo; y 4º por muerte de cualquiera de las partes, si no se ha contestado la litis. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

(m) Ley 25 cum seq. tít. 15. P. 7.

2 1843 no figura: "de que se proceda contra él". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

3 1843 dice: los cuales (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

cuentes *in solidum;* pero pagando uno se libertan los otros, al revés de lo que sucede en las acciones *ex delicto;* y se reclama por ella el duplo si el daño es estimable o cincuenta áureos para el actor si se matare a un hombre libre; si se le hiriere, lo que valga la cura y demás perjuicios incluso el lucro cesante. La acción a los cincuenta áureos expira en el año, ni se da al heredero, ni contra el heredero; para los demás daños no expira en el año y se da a los herederos.

Tercero: los que ponen y suspenden algo en un paraje de tránsito, por cuya causa se ha dañado o podido dañar a un pasajero. Se da la acción popular *in factum* a cualquiera del pueblo contra el que puso o suspendió, para que se paguen al acto dos áureos, o se entregue por causa de noxa el siervo que sin noticia del amo puso o suspendió. El padre de familia no puede ser reconvenido por el hecho del hijo que vive en casa separada, pero condenado el hijo, se da la acción *vi judicata* contra el padre para que pague del peculio.

Cuarto: los patronos de naves, posaderos o taberneros por el daño hecho al caminante o huésped en su casa, están obligados *ex cuasi contractu,* si el daño es hecho por extraño, no por sus dependientes o siervos; *ex cuasi delicto,* si por sus dependientes o siervos, pero por hechos de éstos no están obligados, si los entregan *noxae causa.*

Del cuasi-contrato nace acción pretoria *in factum,* reipersecutoria, a favor de los perjudicados y sus herederos, contra los patronos, posaderos y taberneros o sus herederos, para el resarcimiento del daño, a menos que los dichos patronos, etc., hubiesen prevenido que no tomaban sobre sí la custodia. Del cuasi-delito nace una acción pretoria penal *in factum* contra los mismos (no contra sus herederos) *in duplum,* acción que sin embargo de ser pretoria penal no expira en el año.

Hoy por los cuasi-delitos sólo es costumbre dar acciones *in id quod interest.*

Título VI

De las acciones

Dig. Lib. 44, tít. 7º — Cód. Lib. 4º, tít. 10

Síguese tratar del tercer objeto de la ciencia legal que son las acciones.

La acción, en cuanto es derecho, pertenece a las cosas incorporales y puede definirse *jus persequendi in judicio quod nobis debetur*: en cuanto es tiempo de perseguir nuestro derecho, que es como aquí la consideramos, podemos definirla *medium legitimum persequendi in judicio jura nostra.*

La palabra acción, aun sin salir de este segundo sentido, se toma en una acepción más o menos estricta: aplícase a toda causa civil o criminal; pero en este segundo sentido se dice con más propiedad acusación; segundo, se aplica a toda causa civil o pecuniaria, comprendiendo los interdictos, persecuciones y estipulaciones pretorias; tercero, comprende solamente las acciones *in rem et in personam;* y cuarto, se aplica particularmente a las acciones *in personam.* De estas cuatro definiciones la segunda es la que pertenece a este título.

Las acciones unas son reales o vindicaciones, otras personales que se llaman condiciones. Algunos establecen un tercer género de acciones mixtas, a saber, la de *familiae erciscundae, finium regundorum et communi dividundo*, que son verdaderamente personales, aunque por razón de su fin y efecto parecen reales; y la petición de herencia que es verdaderamente *in rem,* aunque comprende prestaciones personales.

Divídense además las acciones en civiles y pretorias.

La acción real es de tantas especies como el derecho de que nace: *in re* se da contra cualquier poseedor, y se mira como poseedor el que dejó de poseer por dolo. El que posee

no puede nunca proceder *in re,* sino en el solo caso de la acción negatoria, y el señor no puede nunca condecir su propia cosa, sino en el caso de la condición furtiva.

Del dominio nace la vindicación contra cualquiera poseedor para la restitución de la cosa en todas sus pertenencias, acciones y frutos, según la calidad de la posesión. Del dominio pleno nace la acción directa y del menos pleno la útil.

Como el que vindica debe probar su dominio y la posesión ajena y la prueba del dominio es difícil, el pretor Quinto Publicio introdujo la acción publiciana que se da al que recibió, del que no era dueño, alguna cosa con justo título y buena fe, contra el poseedor que tiene un derecho más débil, para la restitución con todas las pertenencias, acciones y frutos. Puede intentar esta acción aun el que nunca ha poseído, teniendo justo título y buena fe. Como puede suceder que una misma cosa se venda a dos o más personas, para saber a cuál de ellas pertenece, se debe atender a las reglas siguientes: si los dos han comprado [1] a una misma persona que era dueña de la cosa, tiene mejor derecho aquel a quien se entregó primero la cosa. Si a diversas personas no dueños, es mejor la causa del que posee; y si ninguno de los dos posee y se intenta acción contra un tercer poseedor injusto, se ha de amparar a aquel a quien primero se entregó la cosa, ya la haya adquirido del mismo dueño, ya de diverso. La excepción de justo dominio repele la acción publiciana.

De la misma naturaleza es la acción rescisoria que se da por el pretor al dueño, después que su dominio ha prescrito, mas no a todo dueño, sino al que se halla ausente por miedo, necesidad o servicio público, como también a su heredero, contra el poseedor que ha usucapido su cosa, o contra el heredero de éste para que rescindida la usurpación [2] se restituya la cosa con todas sus pertenencias. Se da esta acción

[1] 1843 existe este otro texto: Generalmente no se da la publiciana contra el que posee con justo título; pero con esta distinción: si los dos han comprendido. (Comisión Editora. Caracas).

[2] 1843 dice: usucapión (Comisión Editora. Caracas).

también contra el ausente que usucape, mas por una constitución de Justiniano se interrumpía en este caso la usucapión por el simple denuncio hecho al juez, aunque el ausente no haya dejado defensor.

Del derecho hereditario nace la petición de herencia y la querella de inoficioso. La petición de herencia se da al heredero testamentario o *ab intestato* contra el que posee como heredero, mas no contra el que posee por algún título singular, para que se declare al actor como heredero, y se condene al reo a restituir la herencia con todas sus pertenencias, accesiones y frutos, según la calidad de la posesión. Esta acción es verdaderamente *in re*, pero exigiéndose por ella prestaciones personales por la administración de la herencia, se la suele mirar como mixta.

De la querella de inoficioso, que es una especie de petición de herencia, se ha dicho lo bastante en el libro segundo.

De la servidumbre y otros derechos civiles nacen dos acciones, la confesoria y la negatoria. Se da la confesoria directa al señor del predio dominante, o al usufructuario, contra el señor del predio sirviente que niega la servidumbre, o contra el propietario o cualquier otro poseedor que niega el usufructo, para que el juez declare la servidumbre, mande dar la posesión y facultad de usufructuar, condene al reo *in quantum interest*, y le haga prestar la fianza de *de non turbando*. La confesoria útil se da al acreedor pignoraticio, al enfiteuta y al superficiario.

La negatoria se da al señor de un predio libre contra cualquiera que pretenda tener en él una servidumbre real o personal, para que el juez lo declare libre, condenando al reo *in quantum interest* y a prestar la fianza de *non turbando*.

Al que intenta la confesoria incumbe la carga de probar y no al que intenta la negatoria, si está en cuasi-posesión de la libertad; pero le incumbe el *onus probandi* si el adversario está en cuasi-posesión de la servidumbre: lo que sin

embargo no se practica por lo difícil que es probar la libertad.

Del derecho de prenda nacen las dos acciones pretorias, serviana y cuasi-serviana. Se da la serviana al locador de un predio rústico contra el colono o contra cualquiera poseedor de las cosas obligadas expresa o tácitamente por la renta o pensión para perseguir dichas cosas. En otro tiempo el acreedor hipotecario podía requerir primero al tercer poseedor, pero Justiniano dio a éste el beneficio de orden o excusión. Si el deudor o su heredero posee la prenda, puede el acreedor perseguirla desde luego, omitiendo la acción principal.

La acción contra el inquilino es propiamente cuasi-serviana y se introdujo por interpretación del edicto pretorio, y así como en la acción serviana están sujetos a hipoteca todos los frutos del predio rústico, en esta cuasi-serviana lo están los muebles y todo lo que se introduce en el predio urbano. Pero se llama más propiamente cuasi-serviana la hipotecaria general que se da a cualquiera acreedor contra el deudor o cualquier poseedor de la prenda o hipoteca para perseguirla con todos sus frutos y accesiones. Puede el reo pagar la deuda principal o entregar la cosa dada en prenda, pero por esta acción sólo se pide lo segundo [1].

La Pauliana, que Justiniano menciona contra las acciones *in re*, es verdaderamente personal, aunque en cierto modo puede llamarse real, pues nace del derecho que tienen los acreedores en todo el haber del deudor, luego que han obtenido el decreto de posesión. Los interdichos también, como después veremos, son todos personales. Restan pues solamente las acciones prejudiciales como verdaderas acciones *in re*.

Acciones prejudiciales son aquellas en que se controvierte el estado ya de libertad, ya de ingenuidad, ya de familia: v. gr., si Pedro es libre o esclavo (cuyo juicio se llama liberal) si es ingenuo o liberto, si debe o no reconocerse un parto.

[1] 1843 dice: la segunda. (Comisión Editora. Caracas).

Procede *ex causa liberali*, ya el señor contra el siervo que se da por libre, ya el que proclama la libertad contra el que injustamente le obliga a servir.

La primera acción es reivindicatoria, la segunda semejante a la negatoria. El patrono que procede contra el liberto que se da por ingenuo, intenta una acción confesoria; y el ingenuo contra el que injustamente ejerce sobre él los derechos de patronato, una acción negatoria.

La acción de *agnoscendo partu* se da a la mujer repudiada contra el marido que la repudió encinta, para que reconozca y alimente al hijo que ha dado a luz. También intenta esta acción el marido contra la repudiada para que el parto se declare suyo, o el mismo hijo contra sus padres para que le reconozcan y alimenten. Últimamente esta acción se da también a los hermanos y parientes para que el juez los declare tales y por consiguiente con derecho para suceder *ab intestato*.

Síguense las acciones personales, llamadas también condiciones, de las cuales es propio no darse contra cualquier poseedor, sino sólo contra la persona que contrajo la obligación; bien que se exceptúan de esta regla algunas que siendo personales por naturaleza, se dan contra un tercer poseedor, v. gr., la acción pauliana, *quod metus causa, noxal* y *ad exhibendum* (las cuales se llaman acciones *in rem scriptae*. Las acciones personales)[1] nacen de obligaciones protegidas por el derecho civil o pretorio, por lo que unas son civiles y otras pretorias. Y teniendo todas por origen una obligación, la cual nace o inmediatamente de la equidad reconocida por la ley o más frecuentemente por el pretor, o inmediatamente de la ley que introduce una obligación nueva y da la condición *ex lege*, o inmediatamente de un hecho obligatorio, se sigue que todas ellas proceden o de la equidad, o de un hecho.

De la 1ª especie es la acción *ad exhibendum*, que se da

[1] 1843 dice: Todas (Comisión Editora. Caracas).

por sola equidad, sin un hecho obligatorio, al que tiene en ello especial interés, contra cualquier poseedor para que exhiba la cosa mueble que se litiga, o si dolosamente no la exhibe, para que preste *id quod interest.*

2º Los interdictos que prohiben se turbe al que usa de lo suyo, de los cuales se tratará más adelante.

3º Las restituciones *in integrum,* en que el pretor por consideraciones de equidad rescinde lo que por derecho común debía ser válido, concediendo la restitución a los que por dolo, miedo, ausencia o menor edad han recibido perjuicio. Tal es la acción *quod metus causa* que se da al que por un miedo injusto ha sido dañado en un contrato de derecho estricto, como también a sus herederos, contra el que causó el miedo (no contra sus herederos) y contra todo poseedor de la cosa perdida, para que ésta se restituya, o si pareciere al juez, se condene al reo *in cuadruplum.*

Tal es también la acción de dolo malo que se da subsidiariamente al que en un contrato *stricti juri,* recibió perjuicio por causa de dolo inductivo o incidente, como también a sus herederos, contra el engañador o su heredero para la restitución de la cosa perdida o que se le condene *in id quod interest.* Tal es también la restitución de los menores de 25 años y la acción publiciana.

De la sola equidad o tal vez de un cuasi-contrato nace en cuarto lugar la condición *sine causa,* y en quinto lugar la acción pauliana o revocatoria que se da a los acreedores para revocar las enajenaciones que el deudor hubiese hecho en fraude de ellos.

La condición *ex lege* compete al donatario contra el donante para compelerlo a entregar la cosa o cantidad prometida [1], al donante contra el donatario para la revocación de lo que se ha donado sin insinuación, debiendo haber habido, y al contrayente que ha sufrido lesión contra el que ha dañado para rescindir el contrato.

[1] 1843 no existe: para compelerlo a entregar la cosa o cantidad prometida (Comisión Editora. Caracas).

Los hechos obligatorios son convenciones o delitos. Las convenciones se dividen en pactos y contratos. Los pactos son nudos o no nudos. Por los nudos no se daba acción. Hoy se da la llamada *ex stipulatu, ex lege* o *ex moribus*.

El pacto no nudo o es legítimo, o pretorio, o abyecto. Los legítimos, v. gr., la constitución de dote y el pacto de donación, dan la condición *ex lege*. Los abyectos dan la misma acción que nace de los contratos de buena fe a que se agregan: tales son los pactos comisorios, *aditio in diem* y *de retrovendendo* en el contrato de venta. Los pretorios son la hipoteca, el constituto y la delación del juramento extrajudicial o voluntario. Las hipotecas producen también acciones reales. Del pacto de constituto nace la acción de *constituta pecunia* que se da al acreedor contra el que pactó pagar lo que él mismo u otra persona debía, contra su heredero para que efectúe dicho pago. Suprimida hoy la estipulación, el que constituye para otro no se diferencia del fiador. Antes el efecto del juramento voluntario deferido no era mayor en derecho estricto que el de un pacto desnudo, pero después lo amparó el pretor, dando la acción *in factum ex jurejurando*.

Los contratos o son verdaderos o cuasi-contratos. Aquéllos son nominados o innominados. Los nominados se dividen en reales, verbales, literales y consensuales.

De los reales nace la acción *ex mutuo* o *conditio certi*, las acciones de comodato directa y contraria, las de depósito directa y contraria, y las pignoraticias también directa y contraria.

De los verbales la condición *certi vel incerti ex stipulatu*. De los literales la condición *ex quirografo*. De los consensuales las acciones *empti et venditi* y la redibitoria y *cuanti minoris* relativas a la venta; la *locati et conducti;* las enfiteuticarias que por una y otra parte son directas y no se deben confundir con la vindicatoria útil; la *pro socio* y la de mandato directa y contraria.

De los innominados la general *prescriptis verbis in fac-*

tum o la condición *causa data, causa non secuta.* De los cuasi-contratos la *negotiorum gestorum* directa y contraria, la de tutela directa y contraria, la de *familiae erciscundae;* la de *communi dividundo;* la acción personal *ex testamento* y la condición *indebiti,* a que debe añadirse la acción *in factum* de *recepto* contra los navieros, posaderos y taberneros para reclamar las cosas que han recibido a su bordo o bajo su techo, y la acción funeraria que se da para reclamar el costo de un funeral.

Asimismo los delitos o son verdaderos o cuasi-delitos. De los delitos públicos se tratará en el título XVIII, aquí hablamos de los privados. De ellos nace la condición furtiva y la acción de hurto, la *vi bonorum raptorum,* la de la ley Aquilia, la acción de injurias pretoria o estimatoria, la acción criminal de injurias persiguiendo una pena arbitraria, y las acciones civiles y criminal de la ley Cornelia *de injuriis.*

De los delitos nace también la acción *in factum* contra el que con dolo ha introducido u obtenido una regla de derecho nueva e inicua, para que se le obligue a usar de ella en su caso; la acción *in factum* penal dada al actor o reo contra su adversario que no obedece al tribunal para que preste *id quod interest;* la acción *in factum* que se da al actor contra el que libra por fuerza al reo citado en juicio, para que pague los perjuicios que estimase el actor; la acción *in factum* contra el que ha causado la no comparecencia del reo en juicio, para que preste *id quod interest;* la acción *in factum* de *calumniatoribus* que se da al que ha sido perjudicado en alguna calumnia, no a su heredero, contra aquel que recibió dinero pero que por causa de calumnia hiciese o dejase de hacer algo, dentro del año *in cuadruplum,* después *in simplum;* la condición *ob turpem causam* que se concede al que dio algo por una causa que sola respecto del que recibió era torpe, para repetir lo dado, la cual es una especie de la condición *indebiti;* la acción *in factum* contra el agrimensor que por dolo o culpa lata dio una falsa medida *in id quod interest;* la *suspecti tutoris* y la *rerum amotarum*

de que hemos tratado antes; y en fin la *rationibus distraendis*, contra el tutor que dio cuentas de mala fe y sustrajo algo *in simplum*.

De los cuasi-delitos procede la acción *in factum* contra el juez que hace suya la litis; la *in factum* por cosa arrogada o derramada *in duplum*; la acción popular *in factum* de *suspenso et posito* de diez áureos; la *in factum* penal contra los navieros, posaderos y taberneros demandando el duplo y otras de menos uso.

Otra división de las acciones es en persecutorias de cosa, de pena y mixtas. Son persecutorias de cosa las reales, las que nacen de convenciones (excepto el depósito miserable de que nace la acción *in duplum* contra el que lo niega por dolo), la condición furtiva y la acción *rerum amotarum*. Penales son todas las que nacen de delito, cuando por ellas perseguimos solamente una pena y no una restitución o indemnización. Mixtas son las *vi bonorum raptorum*, la de la ley Aquilia, la de *legatis in duplum* contra el heredero que niega o demora la prestación de lo legado a lugares sagrados o a la Iglesia.

Las acciones son asimismo ya *in simplum*, ya *in duplum*, ya *in triplum*, ya *in cuadruplum*. *In simplum* las reipersecutorias, las acciones penales y mixtas, trascurrido el año, como la *vi bonorum raptorum* y la de *calumniatoribus; in duplum* desde el principio la de hurto no manifiesto, y por hecho incidente la de la ley Aquilia y la del depósito miserable: *in triplum*, contra el que en el libelo había puesto una suma mayor que la verdadera, para que el oficial encargado de la diligencia [1] pudiese cobrar más al reo por ella [2]: *in cuadruplum*, desde el principio la de hurto manifiesto, la *in factum de calumniatoribus*, la *vi bonorum raptorum* y la condición contra los ministros subalternos de justicia que cobran a los litigantes propinas indebidas o excesivas.

[1] 1843 dice: "ella" por "la diligencia". (Comisión Editora. Caracas).

[2] 1843 dice: "la diligencia" en vez de "ella": (Comisión Editora. Caracas).

Las acciones además o son de derecho estricto, o de buena fe, o arbitrarias. En las primeras la fórmula dada por el pretor al juez especificaba una suma determinada: en las segundas se dejaba al arbitrio del juez fijar la cantidad en que debía ser condenado el reo: en las terceras el juez estimaba también la restitución; pero no obedeciendo el reo, había lugar al juramento *in litem,* o el juez tenía facultad de condenarlo en una suma mayor.

Son, pues, acciones de derecho estricto aquellas en que la facultad del juez está ceñida literalmente a la convención de las partes, como la condición *certi ex mutuo,* o *ex quirografo,* la condición *ex stipulatu,* la condición *indebiti,* la acción *ex testamento,* que sin embargo parece más bien de una naturaleza ambigua, etc.

Son acciones de buena fe aquellas en que el juez tiene la facultad de computar *ex bono et aequo* lo que alguien debe prestar a otro, cuáles son las que nacen de todos los contratos consensuales, las de comodato, depósito y prenda, la *negotiorum gestorum,* funeraria y de tutela, la de *familiae erciscundae* y *communi dividundo;* y entre las reales la petición de herencia, por ser en cierto modo mixta como las dos precedentes.

Son arbitrarias todas las acciones *in rem scriptae,* la *quod metus causa,* la de dolo, *ad exhibendum,* la *finium regundorum,* la pauliana y la *rerum amotarum.*

La acción *ex stipulatu* de dote es de una naturaleza particular, pues habiendo antes competido a la mujer la acción *rei uxoriae* de buena fe para repetir la dote, Justiniano la trasladó a la acción *stipulatu* de tal manera que comunicase sus cualidades con ella, como el ser de buena fe, contra la naturaleza de las acciones *stipulatu,* el darse a la mujer, aunque no haya intervenido estipulación, y el competir a la mujer una hipoteca tácita en los bienes del marido, y el privilegio de ser preferida a todos los acreedores de éste.

Hay diferencia notable entre las acciones de buena fe y las de derecho estricto: 1º en aquéllas se efectuaba la com-

pensación *ipso jure,* en éstas oponiendo la excepción *doli mali,* lo que se abolió en el derecho nuevo; 2º en aquéllas el miedo y el dolo son causa de nulidad, en éstas dan acción y excepción para que se cumpla el contrato; 3º en aquéllas se deben todos los frutos desde el tiempo de la mora, en éstas, si repetimos nuestras cosas, desde el tiempo en que las recibió el reo, y en los demás casos desde la contestación de la litis; 4º en aquéllas se deben intereses no sólo por la estipulación, sino por pacto y por mora, en éstas por la sola estipulación; 5º en aquéllas los pactos adyectos incontinenti producen acción, en éstas no.

Las acciones arbitrarias se diferencian de las de derecho estricto en que dejan algo al arbitrio del juez, y de las de buena fe en que éstas la ordenación es simple, y en las arbitrarias, no verificada la restitución, el juez tiene facultad de condenar al reo en una cantidad adicional.

El que pide menos de lo que se le debe no por eso deja de tener derecho a que el reo sea condenado en el todo sin necesidad de otro juicio; y el que por error pide una cosa en lugar de otra, puede en el mismo juicio enmendar su petición hasta la sentencia.

Se pide de más o en la cosa misma, v. gr., si se piden cuatro en lugar de tres; o en el tiempo, si se intenta la demanda antes de llegar el día; en el lugar, v. gr., si se pide en Roma lo que se debe en Atenas: o en la causa, si se pide absoluta lo que se debe alternativamente, o la especie por el género.

Antes la pluspetición destruía la acción, y no se daba restitución *in integrum* sino a los menores, o por otra justa causa a arbitrio del pretor. Después se estableció por constitución de Zenón que si se pedía de más en tiempo, se duplicase al reo el plazo, y se condenase al actor en las costas: y por Constitución de Justiniano que si en la cosa o la causa, se pagase al reo el triple del perjuicio sufrido; si en el lugar, lo que el juez estimare que se debía prestar para compensar la diferencia.

Se persigue ordinariamente el sólido, a veces menos que

el sólido v. gr. en la acción de peculio, por causa de compensación y por el beneficio de competencia. Este último se da por relaciones domésticas estrechas, por la milicia, por beneficio, o por alguna calamidad, para que el reo no sea condenado a más de lo que pueda; privilegio personal que no pasa a los herederos ni a los fiadores.

Por relaciones domésticas se da a los padres, patronos, hermanos, socios, cónyuges y a los suegros durante la afinidad: por la milicia a los militares (no como pretenden algunos a los nobles, clérigos, abogados y profesores): por beneficio a los donadores: por calamidad a los hijos emancipados, desheredados o que se han abstenido de la herencia paterna y a los deudores que hacen cesión de bienes.

Título VII

De los negocios hechos con el que se halla bajo potestad

Dig. Lib. 41, tít. 5º — Cód. Lib. 4º, tít. 16

Hasta aquí hemos hablado de las acciones que nacen de un hecho propio; hay otras que nacen de un hecho ajeno, como de nuestros hijos, dependientes, siervos o animales.

Somos obligados por el contrato de un hijo o siervo hecho por mandato nuestro, y de aquí la acción adyecticia *quod jussu*, género que comprende varias especies, como la condición *certi quod jussu*, la condición *certi ex stipulatu quod jussu*. Esta acción fue antiguamente pretoria y después civil.

Somos obligados en segundo lugar por el negocio que hemos encomendado a un hijo, siervo o dependiente; y de aquí las acciones *exercitoria* e *institoria*. La primera se da contra los dueños o fletadores de naves al que contrató con el capitán de ellas establecidos por los primeros, sobre cosas de la incumbencia de dicho capitán o patrón. Se da también a los herederos, y si son muchos los comitentes del capitán

o patrón, contra todos *in solidum*. La *institoria* se da contra el dueño de una tienda por contrato celebrado por su dependiente, puesto en ella para comprar y vender; y se da asimismo contra los herederos y si son muchos los comitentes, contra todos *in solidum*.

Con respecto a estas dos acciones debe notarse: 1º que los patronos y dependientes pueden ser demandadas por sus contratos, mientras están en ejercicio, pero no después, salvo que se hayan obligado por sus comitentes, o que falsamente se hayan dado por agentes de ellos; 2º que el que contrató con el patrón o dependiente tiene acción contra el comitente, mas no éste contra él, salvo que de otro modo no pueda salvar lo suyo, por lo que ordinariamente sólo tiene la acción *conductio mandati* contra el patrón o dependiente; y 3º que por derecho nuevo hay acción directa contra el dueño o comitente, además de la *exercitoria* e *institoria*, que son adyecticias.

Si el hijo de familia o el siervo tiene peculio, somos obligados en tercer lugar por las acciones *tributoria* de peculio. El padre o amo debía distribuir a prorrata los efectos peculiares entre los acreedores del hijo o siervo insolvente; y si negaba la distribución o la hacía de mala fe, era reconvenido por la acción *tributoria*, para que la hiciera justa y cumplidamente. El pretor concede la acción adyecticia de peculio a los que han contratado con el hijo o siervo que tiene peculio (se entiende el profecticio del hijo) contra el padre o el amo, para que con dicho peculio les satisfaga, deducido primero lo que el hijo o siervo debe al padre o amo, y aun a los hermanos que están bajo la potestad del mismo padre.

En cuarto lugar somos obligados por lo que el hijo o siervo ha invertido necesaria o útilmente en nuestras cosas, y el pretor da a los acreedores la acción adyecticia *de in rem verso*, en cuanto hemos sido hechos más ricos.

Pero con respecto al hijo de familia hay el caso del senadoconsulto Macedoniano, que es del tiempo del emperador Claudio. Previénese por este senadoconsulto que el que hu-

biere mutuado dinero al hijo de familia no tenga acción para repetirlo, ni aun después de los días del padre: beneficio concedido no propiamente al hijo, sino al padre y en odio de los usureros; por lo que este senadoconsulto no produce acción sino excepción, ni se extiende a otra causa que a la del mutuo de dinero. De aquí se sigue que no puede renunciarlo el hijo, pero sí el padre, expresa o tácitamente, que no excluye la acción *de in rem verso;* que el hijo es obligado por el peculio castrense o cuasi-castrense; que lo es con todos sus bienes si se ha dado falsamente por padre de familia, o si el acreedor le tuvo por tal y no se le puede imputar de ignorancia. El mayor de 25 años no puede oponer esta excepción al menor.

Cesa asimismo esta excepción, si se ha empleado el dinero con utilidad v. gr. en el estudio, con tal que no haya sido inmoderado el gasto; pero subsiste, si ha tomado otra cosa que dinero[1] para eludir el senadoconsulto, a cuya especie pertenece el contrato de mohatra.

TÍTULO VIII

De las acciones noxales

Dig. Lib. 9º, tít. 4º — Cód. Lib. 3º, tít. 41 (a)

Por el delito o cuasi-delito del hijo o siervo no es obligado el padre o dueño, bien que antiguamente pudo intentarse contra el uno y el otro la acción noxal, pero por derecho nuevo sólo contra el dueño. *Noxa* se llama cualquier daño causado por el delito o cuasi-delito del siervo, y el dañador mismo suele llamarse *noxa.*

Por la acción noxal se pide al dueño el resarcimiento del daño causado o la entrega del siervo. Como ésta es una acción adyecticia, se sigue que comprende varias especies v. gr.

[1] 1843 agrega: "a no ser que se haya hecho" (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
(a) L. 4 tít. 13 P. 7 — L. 45 tít. 5 P. 7.

acción noxal de hurto, *vi bonorum raptorum, ex lege Aquilia*. La acción noxal, aunque verdaderamente personal, puede darse contra un tercer poseedor, y así participa de la naturaleza de las acciones *in rem*. Las acciones personales que tienen este carácter, ya hemos dicho que suelen llamarse *in rem scriptae*. Dase la acción noxal contra el señor o cualquier poseedor del siervo para que resarza el daño o entregue al dañador.

Manumitido el siervo después del delito cesa la acción noxal; pero puede ser directamente demandado; y si muere el siervo antes de la contestación de la litis, expira también dicha acción.

En cuanto al hijo, hoy no puede el padre ser reconvenido *noxaliter* por el delito o cuasi-delito de aquél; pero se procede directamente contra el hijo, y condenado, se da acción *judicati de peculio* contra el padre.

Título IX

Del daño hecho por un animal

Dig. Lib. 9, tít. 1º (a)

Llámase propiamente daño el que es causado por una persona libre; *noxa* o *noxia* el del siervo; *pauperies* el de un animal cuadrúpedo.

Hay *pauperies* si el cuadrúpedo no provocado hace un daño contra su naturaleza; por lo que si sólo obedece a su instinto o inclinación natural, pastando en dehesas ajenas no hay *pauperies*. Si una fiera hace un daño conforme a su naturaleza se da la acción útil de *pauperies*.

La acción de *pauperies* es *in rem scripta*. Se da al que ha sufrido el daño o su heredero contra el que al tiempo de la contestación de la litis es dueño del animal, para que resarza

(a) L. 22 tít. 15 P. 7.

el daño o[1] entregue el animal, o si negare falsamente que[2] es suyo, se le condene *in solidum*. Si el animal ha sido instigado se da contra el instigador la acción de la ley Aquilia. Si ha pastado en tierras ajenas se da contra el dueño la acción *in factum de pastu pecorum* que era también noxal como la de *pauperies*. Y si el dueño lo ha echado de intento en la finca ajena hay lugar asimismo a la acción de la ley Aquilia.

El que tiene un perro, cerdo o animal dañino cerca de un camino transitado es obligado *in duplum* por daño pecuniario que causare, o a la multa de doscientos sólidos, si se ha ocasionado la muerte a una persona libre, y si el daño ha sido de otra especie a lo que el juez estimare. Todo esto según el edicto edilicio[3].

Título X

Por quiénes se pueden intentar las acciones.

Dig. Lib. 3º, tít. 3º — Cód. Lib. 2º, tít. 13 (a)

Las acciones eran antes actos legítimos, y según un principio de derecho nadie adquiría sino para sí o para aquél bajo cuya potestad se hallaba. No podía por consiguiente intentarse acción ni alegarse excepción por otro, y eran desconocidos los procuradores, excepto por las ciudades, por la libertad, por los pupilos, o cuando se intentaba la acción de hurto a nombre del que estaba en poder enemigo, o del ausente en servicio público.

Siendo esto molestísimo, se introdujo en el derecho una ficción por la que el procurador se hace dueño de la litis, adquiriendo ordinariamente su dominio por la contestación de la litis previo mandato; y extraordinariamente por la fianza de *rato* y *judicatum solvi* sin mandato. Dábase pues

[1] 1843 agrega: "lo". (Comisión Editora. Caracas).
[2] 1843 agrega: "el animal". (Comisión Editora. Caracas).
[3] 1843 dice: "editicio" (Comisión Editora. Caracas).
(a) Tít. 5. P. 3.

la sentencia contra el procurador, y tanto él como su principal adquirían la acción *judicati*, que el adversario tenía también contra los dos, aunque el procurador podía destruirla por excepción.

Llámase procurador, el que administra negocios judiciales o litis ajena por mandato del dueño. Puede constituirse por sólo el dueño que tiene la libre administración de sus bienes, y es idóneo todo el que puede adquirir y actuar; por consiguiente no lo son los mentecatos, furiosos, mujeres, soldados, menores de 17 años, siervos, infames declarados, sordomudos, etc. Pueden admitirse procuradores en toda causa civil, no en las criminales, si no es que el reo haya contestado la litis y se le pueda imponer la pena en ausencia.

Pero siendo el dominio del procurador una pura ficción, puede terminar su oficio por mutuo disenso, por revocación del mandante antes de la contestación de la litis (porque después de ella era necesario conocimiento de causa), por renuncia no intempestiva del procurador; mas no por muerte del dueño o del procurador, sin embargo de que por esta causa expiran los demás mandatos.

Título XI

De las cauciones judiciales

Dig. Lib. 2º, tít. 8º — Cód. Lib. 2º, tít 57

Las seguridades o cauciones que se dan entre sí los litigantes o son fideiyusorias, que se llaman también afianzamiento *(satisdationes)* o pignoraticias, o juratorias, o desnudamente promisorias. Lo ordinario es fianza: se admite prenda cuando se trata de valor determinado; prometen con juramento los varones ilustres, los hombres de buena conducta y fama que no pueden prestar fianza ni prenda, y en otro tiempo los dueños de inmuebles; mas a estos últimos, a los clérigos y al fisco hoy sólo se exige la promesa desnuda.

Por derecho nuevo el reo reconvenido real o personal-

mente no afianza de *judicatum solvi,* sino de parecer en juicio *judicio sisti,* y permanecer en él hasta el fin de la litis.

El actor da fianza de que contestará la litis dentro de dos meses desde la exhibición del libelo, sujetándose a la pena del duplo; y que si es vencido, restituirá a título de costas la décima parte de la cantidad expresada en el libelo.

El procurador de un reo presente no afianza por sí; mas o el reo presente en juicio promete responder por él, o extrajudicialmente afianza de *judicatum solvi* y de comparecer en juicio al pronunciamiento de la sentencia. El procurador o defensor de ausentes afianza de *judicatum solvi.*

El procurador que tiene verdadero mandato no afianza, y sin mandato no es permitido aunque ofrezca afianzar. Si el mandato pareciere defectuoso en algún modo, o si se demanda a nombre de persona conjunta, se afianza de *rato,* lo cual hacen también el procurador de todos los bienes, el tutor y el procurador.

Hoy ordinariamente no afianza el reo si no se hace sospechoso de fuga o no se le acusa de delito que merezca pena corporal o aflictiva, pues entonces afianza de *judicio sisti* y de *judicatum solvi.* Mas el actor afianza ordinariamente las costas, y no sólo la décima parte antedicha, sino todas, si fuere vencido y condenado en ellas. El procurador no afianza, presenta su mandato bajo la forma de hipoteca de bienes, y sólo cuando el mandato es defectuoso afianza de *rato.*

TÍTULO XII

De las acciones perpetuas y temporales, y de las que pasan a y contra los herederos

Cód. Lib. 4º, tít. 11

Se llaman acciones perpetuas las que duran largo tiempo ordinariamente treinta años; y temporales las que expiran en un tiempo más corto.

Acerca de unas y otras se observan las reglas siguientes: Las acciones *in re* en tanto que otro usucape duran lo mismo que el *jus in re* de que nacen. Por consiguiente la vindicación de una cosa mueble expira a los tres años, y la de una inmueble a los diez o veinte, a no ser que el vicio de la cosa, la mala fe o falta de título del poseedor o la edad de la persona contra quien se prescribe, impidan la usucapión, en cuyo caso prescribe la vindicación en treinta años, o que las iglesias, ciudades o el fisco vindiquen, pues entonces prescribe a los cuarenta; lo que sucede también si se ha contestado a la litis.

Corre también el tiempo ordinario de la usucapión, es decir, el de diez o veinte años, respecto de las acciones confesoria o negatoria. Lo mismo en el derecho de hipoteca si la cosa está en poder de un tercero con buena fe y justo título; pero prescribe en treinta años, si el tercero está de mala fe o carece de título; y en cuarenta si es el mismo dueño quien posee. La petición de herencia expira en treinta años, la querella de inoficioso en cinco.

La acción *quod metus causa* participa de la naturaleza de las acciones *in re*, y si es en el simple sólido, expira en el tiempo ordinario de tres, diez o veinte años.

2º Las acciones personales reipersecutorias tanto civiles como pretorias son perpetuas y prescriben en treinta años. Exceptúanse, la acción personal de servidumbre prometida que imita a las acciones reales y prescribe en diez o veinte años; las acciones de las Iglesias, ciudades y el fisco que expiran en cuarenta años; y las acciones honorarias y rescisorias que son temporales. Así la Pauliana expira en un año útil; las restituciones por la mayor parte en cuatro años; la acción redibitoria en seis meses: la *quanti minoris* en un año.

3º Todas las acciones penales que nacen de delitos privados, si son civiles son perpetuas, si pretorias anuales. Exceptúase la acción *furti manifesti* que sin embargo de ser pretoria es perpetua: la acción *in factum* contra los navieros, taberneros y posaderos, y la de los árboles furtivamente

cortados que son también pretorias y perpetuas; de cuya naturaleza es asimismo la de depósito miserable y las de las cosas derramadas y arrojadas, a no ser que se trate de la muerte de un hombre libre en cuyo caso es anual. La acción de dolo es bienal, y ni aun por la contestación de la litis se hace perpetua.

4º Las acciones criminales son ordinariamente de veinte años. Falta la regla si es continuo el crimen, porque entonces la acusación es perpetua, y en los casos de adulterio y peculado, cuyas acciones prescriben en un quinquenio.

5º Todas las acciones reipersecutorias y penales se dan a los herederos, a no ser que en ellas se persiga solamente la vindicta pública, o no interese especialmente al actor; por lo que no competen a los herederos las acciones de injurias, de inoficioso testamento, de *calumniatoribus,* de revocar la donación por ingratitud, y todas las acciones populares.

6º Todas las acciones reipersecutorias, aunque nazcan de delitos, se dan contra los herederos, v. gr. la condición furtiva, la *rerum amotarum* y la de la ley Aquilia en cuanto no pase del sólido.

7º Las acciones penales, ya nazcan de delito o contrato se dan a los herederos, mas no contra los herederos, si no es que se haya contestado la litis.

Título XIII

De las excepciones

Dig. Lib. 44, tít. 1º — Cód. Lib. 8º, tít. 36 (a)

Excepción en un sentido lato es toda alegación con que se rechaza la pretensión del actor, sea *ipso jure* o por razón de equidad: y en un sentido más propio la alegación fundada en la equidad con que se rehusa una acción que compete en derecho estricto. En este sentido no son excepciones la de

(a) T. 7, L. II, N. R.

solución, compensación, etc., aunque en el foro se las mire así, denominándolas excepciones de hecho.

Las excepciones propiamente dichas son civiles, v. gr. la del senadoconsulto Macedoniano, la del Veleyano, la de prescripción, la *non numeratae pecuniae;* o pretorias v. gr. *doli mali, pacti conventi, quod metus causa.*

Unas son perpetuas y perentorias que obstan siempre y aniquilan la acción, cuales son todas las citadas en el párrafo precedente; otras temporales y dilatorias que solamente retardan la acción, lo que sucede ya por la persona o jurisdicción del juez, ya por la inhabilidad del actor o procurador, ya por el modo de proceder, ya por el mérito de la causa; tales son las de fuero, juez sospechoso, días feriados, la obscuridad del libelo, fianza y petición *ante diem.*

Hay excepciones que se llaman perpetuas en otro sentido, es decir, porque nunca prescriben, aunque las acciones que proceden de igual causa prescriban; así la acción de dolo es bienal y la excepción *doli mali* es perpetua: y todas ordinariamente son tales, porque el reo no puede oponer excepciones mientras no se intenta la acción. Temporales son las que expiran al cabo de cierto tiempo, de cuya clase son todas aquellas que pueden proponerse a manera de acción: v. gr. la *non numeratae pecuniae,* la *non numeratae dotis* y la querella de inoficioso.

Hay asimismo excepciones *in rem* que están adheridas a la cosa y aprovechan a los herederos y fiadores, como son la mayor parte de las perentorias; y excepciones *in personam* que no salen de la persona, como la del beneficio de competencia y la del pacto personal de *non petendo.*

Las excepciones dilatorias deben oponerse antes de la contestación de la litis, salvo que pertenezcan a la substancia del juicio y lo anulen retroactivamente, o sólo ocurran o se sepan después de la contestación. Es un privilegio singular el de la excepción de juez incompetente y el de la *cedendarum actionum,* las cuales pueden oponerse aun después de la sentencia.

Las perentorias en los juicios de buena fe pueden oponerse en cualquier parte del juicio; mas en los de derecho estricto se han de alegar antes de la contestación para probarlas después; excepto las que impiden el ingreso a la litis, las cuales deben alegarse y probarse antes de la contestación, y las de los senadoconsultos Veleyano y Macedoniano, que se oponen rectamente aun después de la sentencia.

Título XIV

De las replicaciones

Así como el reo rechaza por la excepción la intención del actor, él con una nueva alegación rechaza la excepción del reo, y esto se llama replicación, la cual puede ser rechazada de la misma manera por el reo, cuyo alegato se llama entonces duplicación. En algunos fueros se permite al actor la implicación y al reo la cuadruplicación; pero en los juicios bien constituidos lo regular es no pasar de la duplicación, después de la cual debe el juez dar la causa por concluida y decidirla. Al reo compete siempre la última alegación.

Título XV

De los interdictos

Dig. Lib. 43, tít. 1º — Cód. Lib. 8º, tít. 1º

Beati possidentes es un axioma de derecho: 1º porque no están obligados a la exhibición y prueba de título; 2º porque, si están de buena fe, lucran los frutos; 3º porque retienen la cosa en tanto que otro no probare ser suya; 4º porque defienden la posesión aun con autoridad privada, de manera que expelidos de ella, pueden con derecho expeler inmediatamente al expulsor; 5º porque *coeteris paribus* son siempre

de mejor condición, y en caso de duda se sentencia a favor de ellos.

De aquí la importancia de litigar por la posesión: con este objeto se dieron a la luz los interdictos, acciones extraordinarias en que se trata sumariamente de la verdadera o cuasi-posesión de una cosa.

Posesión en general es la detención de una cosa: natural, si consiste ya en la detención desnuda, ya en la detención acompañada de algún derecho, pero no con ánimo de señor; pues esto último es lo que constituye la posesión civil. Los interdictos se dan principalmente por causa de posesión civil, más o menos estrictamente tomada, y son o prohibitorios, como los interdictos para que no se haga violencia al que ha sido enviado a la posesión, o para que no se haga algo en paraje público; o restitutorios como el interdicto *unde vi*, o exhibitorios como el interdicto en que se manda exhibir una persona libre o un testamento.

Hay otros interdictos dirigidos a conseguir, retener o recobrar la posesión, y que se llaman por eso *adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis*.

A los interdictos *adispiscendae* pertenece el *quorum bonorum* que se da al poseedor de bienes o heredero pretorio, no contra todo poseedor, sino contra el que posee como heredero civil o pretorio, para conseguir la posesión de las cosas hereditarias. Difiere de la petición de herencia en que por ésta se ventila el derecho o la herencia y por aquél la posesión: por ésta se persiguen las cosas incorporales y derechos, y por aquél solamente las corporales. Tiene afinidad con el *quorum bonorum* el remedio por el cual el heredero escrito pide ser puesto en posesión, si el testamento no adolece de un vicio patente.

Otro interdicto *adipiscendae* es el *quod legatorum* que se da al heredero civil o pretorio, habiendo afianzado, contra el legatario que ocupó la cosa legada contra su voluntad, para que la restituya y se deduzca de ella la cuarta Falcidia, o sea condenado *in id quod interest;* pues aunque el dominio

de la cosa legada recae sin contradicción en el legatario, no sucede lo mismo con la posesión.

El tercer interdicto ***adipiscendae*** es el Salviano, que se da al dueño del fundo contra el colono para conseguir posesión de las cosas del colono que le están hipotecadas por la renta. El cuasi Salviano se da a todo acreedor hipotecario. Estos interdictos difieren de las dos acciones serviana y cuasi-serviana, de la misma manera que el interdicto *quorum bonorum* de la petición de herencia, excepto que en las acciones serviana y cuasi-serviana se ha de probar que la cosa está en los bienes del deudor; y en los interdictos salviano y cuasi-salviano basta probar que existe en el fundo.

Son interdictos *retinendae* el *uti possidetis* y el *utrubi.* Dase el primero al poseedor de una finca que al tiempo de la litis contestación la posee *nec vi, nec clam, nec precario,* contra el que turba esta posesión, para que desista, le indemnice y preste la fianza de *non turbando.* El segundo se da en los mismos términos al poseedor de un mueble. El uso del foro ha extendido estos interdictos a los derechos de servidumbre, y aun a todo género de derechos.

Del *recuperandae* hay uno solo, que es el interdicto *unde vi* que compete al que ha sido expelido violentamente de la posesión de una finca, y a su heredero contra el poseedor, no contra su heredero, sino en cuanto la cosa vino a su poder, para que la restituya con todos sus frutos y utilidades y resarza los daños, y si hubiere dejado de poseer, se le condene *in id quod interest.*

En la práctica se concede generalmente un remedio deducido del derecho canónico, que es la acción de despojo, por la que el despojado de una finca procede para la restitución no sólo contra el despojador, sino contra cualquier poseedor.

Se dividen asimismo los interdictos en simples y dobles: en aquéllos aparece fácilmente quién es el actor, y quién es el reo, como en los interdictos *quorum bonorum, quod lega-*

torum, salviano, *unde vi*: en éstos cada parte puede ser actor o reo, como el *uti possidetis* y el *utrubi*.

Es común a todos los interdictos la circunstancia, primero de ser *in personam*, como procedentes de un derecho *ad rem*, y segundo, de procederse en ellos sin el estrépito de un juicio formal.

Pero estos remedios o son sumarios u ordinarios, entre los cuales hay estas diferencias: 1ª que en el sumario se considera la posesión última y momentánea [1]; en el ordinario la más antigua; y así al vencido en aquél le queda a salvo el segundo; 2ª en aquél no se averigua si uno posee verdaderamente, esto es, *nec vi, nec clam, nec precario,* sino si se posee tranquilamente; en éste se atiende a la calidad de la posesión; 3ª en aquél no se observan trámites y formalidades judiciales; en éste se procede con más pleno conocimiento de causa. Se opone al juicio posesorio el petitorio, el cual se entabla concluido el primero.

TÍTULO XVI

De la pena de los litigantes temerarios

Se reprime la temeridad de los litigantes por el juramento llamado de calumnia, por una pena pecuniaria y por la infamia.

El juramento de calumnia, por el que las partes y los abogados juran que creen justa su causa, es general o especial. Prestan el primero el reo, el actor y los abogados: el reo, jura que cree justa su causa, que no prolongará maliciosamente la litis, que no dirá sino la verdad, que no usará de pruebas falsas; el actor jura poco más o menos lo mismo [2]; y el abogado jura que cree que la justicia está por parte de su cliente y que, en llegando a descubrir lo contrario, no le prestará su patrocinio.

1 1843 dice: "momentáneamente" (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

2 1843 falta: "el actor jura poco más o menos lo mismo". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

Todos deben prestar este juramento, menos los padres, patronos y otros a quienes se debe respeto. Debe prestarse lisa y llanamente, so pena de perder el pleito.

El especial, que también se dice ser de malicia, es deferido por el adversario o por el juez siempre que en cualquier parte del juicio se ofrece sospecha de artificio o mala fe, y principalmente cuando alguno defiere a su adversario el juramento, o pide se exhiban instrumentos o cosas, o denuncia obra nueva, o pone [1] posiciones, o por el adversario se responde a ellas.

La pena pecuniaria tiene lugar cuando crece la litis por la negativa del reo, o el vencido es condenado en las costas por aparecer que no ha tenido causa probable de litigar.

En fin, la nota de infamia cae sobre los que son condenados por un delito ya privado (excepto lo que se vindica por la ley Aquilia) ya público, a consecuencia de la acción de dolo; ya por dolo o culpa lata en los contratos de sociedad, mandato y depósito, y en el juicio de la tutela.

TÍTULO XVII

Del oficio del juez (a)

En Roma eran distintas las funciones de los magistrados y de los jueces. A los magistrados competía la jurisdicción con el mixto imperio; a los jueces el conocimiento sólo de los hechos. Lo que se actuaba a presencia de aquéllos se decía pasar *in jure;* lo que a presencia de éstos *in judicio.* Allí se conocía del derecho: aquí del hecho. Cuando el mismo pretor conocía de uno y otro, el juicio se llamaba extraordinario, a cuya clase pertenecían los interdictos y algunas otras causas. A los magistrados civiles pertenecía la jurisdicción con el imperio mixto; a los criminales el mero imperio. La

[1] 1843 dice: "u opone" (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

(a) T. 4. P. 3.

jurisdicción es el conocimiento de la causa y decisión en derecho en virtud de la magistratura: el imperio es la potestad armada.

No es esto decir que la jurisdicción carezca de aquellas facultades ejecutivas sin las cuales no puede expedirse, y que consisten en el poder de apremiar a los litigantes y llevar a ejecución la sentencia: a la manera que al imperio acompaña también cierta especie de jurisdicción necesaria para el conocimiento y clasificación de los delitos. De aquí la división del imperio en mero, que es la potestad de la espada concedida por las leyes para castigar a los facinerosos; y mixto, que es el que consiste en una moderada facultad de apremiar.

La jurisdicción es [1] voluntaria o contenciosa: aquélla se ejercita sin contradicción de partes, como en la adopción, manumisión y emancipación, por cualquier magistrado con tal que tenga acción de ley, y aun en los días feriados, fuera del tribunal y en causa propia. La segunda, por el contrario, se ejercía aun a pesar de las partes; pero procediendo con conocimiento de causa, por el juez competente, *pro tribunali,* y nunca en días feriados ni en causa propia; bien que la última circunstancia puede dispensarse en casos extraordinarios.

Divídese además en ordinaria, que se deriva de las facultades inherentes a la magistratura [2], y extraordinaria que le compete por ley especial, como la dación de tutor. Aquélla puede delegarse, ésta no.

Divídese asimismo en propia que compete en virtud de la magistratura que se ejerce; delegada, que se ejerce a nombre de otro magistrado; y prorrogada, que por expreso o tácito consentimiento de las partes, o por disposición de una ley especial se ejerce fuera de los límites que le están asignados a la jurisdicción propia.

[1] 1843 agrega: A la jurisdicción acompaña el misto imperio; mas el imperio mero no acompaña necesariamente al misto. Pudo con todo existir la jurisdicción sin imperio alguno, y tal era la de los magistrados municipales. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[2] 1843 agrega: declara el derecho de los jueces y hace ejecutar la sentencia; (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

Hoy un mismo magistrado conoce *in jure et in judicio*, y todos los juicios son como los extraordinarios de los romanos. Un mismo magistrado averigua el hecho, declara el derecho y hace ejecutar la sentencia.

Como el juez hace unas cosas a ruego de las partes, y otras movido de la equidad, su oficio se llama mercenario bajo el primer aspecto, y noble bajo el segundo.

No deben confundirse los jueces propiamente dichos con los árbitros, que sin embargo de llamarse jueces intervienen extrajudicialmente como mediadores. Los intérpretes distinguen entre los meros árbitros, que observan el orden de los juicios que deciden en derecho, y los arbitradores que componen la litis amigablemente *ex bono et aequo*: mas esta distinción es desconocida en derecho romano.

En el pronunciamiento de la sentencia el juez debe arreglarse a las leyes, constituciones y costumbres. Los estatutos y costumbres de cada pueblo ocupan el primer lugar: callando éstos, se ocurre al derecho común.

En los juicios noxales, si se condena al dueño, debe ser a pagar el daño o entregar la noxa.

En las acciones reales, si se juzga contra el demandante en juicio petitorio, debe ser absuelto el poseedor; y si contra el poseedor, debe mandársele la restitución *cum omni causa*, esto es, con todo lo que hubiera habido el demandante, si se le hubiera restituido la cosa al tiempo de la contestación de la litis. Si el poseedor alega razones plausibles para no hacer inmediatamente la restitución, debe dársele plazo, mandándole afianzar.

Si lo que se pide es una herencia, se ha de observar acerca de los frutos lo mismo que en la petición de las cosas singulares, salvo que en el primer caso se deben los consumidos por el poseedor en cuanto le hayan hecho más rico, y en el segundo los lucra el poseedor de buena fe: mas en una y otra acción se toman en cuenta aun los frutos que el poseedor no percibió por su culpa, si carece de todo título. Pero des-

pués de la contestación de la litis, el poseedor debe no solamente los frutos consumidos, sino los no percibidos.

Si se debe la estimación de la cosa, se concede un plazo para ejecución de la sentencia, como sucede en las acciones personales. Recíprocamente en las acciones personales no se concede plazo cuando se debe una especie, como en el comodato y depósito.

Si se intenta la acción *ad exhibendum*, debe exhibírsele al actor la cosa *cum omni causa*, esto es, poniéndola en el mismo estado en que se hallaría si la exhibición se hubiera hecho antes de contestar la litis. La exhibición se ordena con plazo y fianza, cuando el juez lo tiene por conveniente.

En el juicio *familiae erciscundae* el juez adjudica las cosas singulares a los coherederos, igualando las partes por medio de condenaciones pecuniarias, y tomando en cuenta los frutos percibidos por cualquiera de ellos y el gasto o desmejora que haya hecho en la herencia.

Lo mismo en el juicio *communi dividundo*. Si se trata de cosa no partible, se adjudica todo a uno, el cual indemniza a los socios en dinero.

En el de *finium regundorum*, si están claros los linderos, debe el juez conservarlos; si oscuros, se alteran y determinan con el auxilio de los agrimensores sin alterar las heredades; pero esto sólo se permite al juez cuando de otro modo no pueden deslindarse las heredades por lo quebrado del terreno o por otro motivo, y es más conveniente variar el deslinde. Entonces recurre el juez al arbitrio de las adjudicaciones y condenaciones, tomando en cuenta el daño hecho por uno de los litigantes a las piedras, árboles y cercas de linderos, como también su contumacia y mala fe.

Se trasfiere sin tradición el dominio de las cosas adjudicadas en los juicios dobles, siempre que no sean ajenas, porque en este caso sólo se trasfiere el derecho de usucapir; en los demás juicios la sentencia no confiere *jus in re*, sino solamente lo declara; confiere sólo la acción *judicati* que es personal.

Título XVIII

De los juicios públicos

Dig. Lib. 48, tít. 1º (a)

Ya hemos visto la diferencia entre los delitos públicos y privados. De los primeros no conocían los magistrados que tenían jurisdicción, sino sólo las autoridades que ejercían el imperio mero, o bien el pueblo mismo, si se trataba de la cabeza de un ciudadano romano. Esto fue durante la república. Bajo los emperadores tenían el imperio mero el prefecto de la ciudad y los presidentes de las provincias. En este título se trata de los delitos públicos.

Diferéncianse de los privados: 1º en que los persigue y vindica la república entera, de que se sigue que pueden acusar todos los que no tengan prohibición especial de hacerlo; 2º en que el acusador se obliga por escrito al talión, si es convencido de calumnia; 3º en que no se solicita una pena pecuniaria en beneficio propio, sino la vindicta pública.

La pena era capital o no capital: por aquélla se quitaba la vida, la libertad o la ciudadanía; por ésta no. Eran penas capitales las de horca, vivicomburio, la deportación, el ser echado a las fieras, el trabajo en las minas; no capitales: los azotes, el trabajo en obras públicas, la relegación, la confiscación, la infamia y la privación de una dignidad o empleo.

Si las penas están definidas por la ley, los juicios se llaman propiamente públicos.

Las leyes que existen sobre juicios públicos son: la ley Julia *majestatis;* la ley Julia de *adulteriis;* la ley Cornelia de *sicariis;* la ley Pompeya de *parricidiis;* la ley Cornelia de *falsis;* la ley Julia de *vi publica et privata;* la ley Julia de *peculatu et residuis;* la ley Fabia de *plagiariis*, y las leyes Julia *ambitus*, *repetundarum* y de *annona*.

La Julia *majestatis* castiga a los que han maquinado con-

(a) Tít. 2 y aliis P. 7.

tra la salud del Estado o contra la potestad suprema. Comprende el perdulión o traición, y el crimen de majestad propiamente dicho. Comete perdulión el que ejecuta o maquina hostilidades contra el Estado [1], y crimen de majestad propiamente dicho el que invade los derechos de la potestad suprema, o hace algo por palabra u obra en ofensa del príncipe [2].

En este juicio hay varias cosas singulares: 1º pueden acusar aun los que tienen prohibición especial de derecho en los demás juicios públicos [3]; 2º no se admite abogado; 3º no hay apelación; 4º pueden deponer aun los testigos inhábiles; 5º comete este crimen aun el que ofende a los ministros del príncipe en cuanto a tales; 6º se castiga hasta la mera intención, y el conocimiento y silencio.

Se castiga el perdulión con el último suplicio, y si el reo es muerto, con la condenación de su memoria; se castiga además con la confiscación, y con la incapacidad de los hijos para heredar a sus parientes y aun a los extraños; pero las hijas podían heredar la legítima de la madre.

El crimen específico de majestad se castiga con la deportación o relegación, y la pena no se extiende a los hijos.

La ley Julia de *adulteriis* castiga el adulterio y otros graves delitos contra el pudor.

Comete adulterio todo el que corrompe la mujer casada o desposada con otro, no el marido que corrompe una soltera: mas el derecho canónico igualó a ambos cónyuges. Este delito se castiga pública y privadamente. La pena pública de la ley Julia no era la de la espada, como dice Justiniano, sino la relegación y confiscación de la mitad de los bienes del adúltero y adúltera, incluso la mitad de la dote de ella. Constantino hizo capital el adulterio. Justiniano mandó que la adúltera fuese encerrada en un monasterio, y que

[1] 1843 agrega: o príncipe (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
[2] 1843 suprime: en ofensa del príncipe. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
[3] 1843 dice: "hacerlos" en vez de "derecho en los demás juicios públicos" (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

si dentro de dos años no la recibiese de nuevo el marido, se le cortase el cabello. Al marido y al padre de la adúltera se le permite también vindicar privadamente el delito: al primero matando al adúltero (no a la mujer) con tal que fuese *in fraganti* en su casa o en otra parte, después de tres requerimientos a presencia de testigos; al segundo, matando junto con el adúltero a la hija no emancipada sorprendida en adulterio en su propia casa o en la de su yerno.

La venus nefanda era capital.

El incesto en la línea recta se castiga con la deportación: en la oblicua con pena arbitraria.

El estupro de persona honesta se castiga con la pérdida de la mitad de los bienes: de persona humilde con prisión y relegación. El estupro con violencia era capital.

El lenocinio de hija o mujer era capital, el de otras mujeres se castigaba con pena arbitraria.

La ley Cornelia de *sicariis* castiga a los homicidas y envenenadores. Homicida es el que mata voluntariamente a un hombre, y se presume la intención por el hecho de llevar armas. El homicidio voluntario es capital. Envenenador es el que hace, vende o da veneno con objeto de matar. Su pena es la misma del homicidio.

La ley Pompeya de *parricidiis* vindica el parricidio. Comete parricidio el que da muerte a un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad y primero de afinidad; incluyendo al marido, a la mujer y al patrono [1]. Al parricida, después de azotado, se le cosía en un cuero junto con un perro, un gallo, un mono y una víbora y se le arrojaba de este modo al mar o a un río: y no habiendo mar cercano, se le quemaba vivo, o se le echaba a las fieras.

La ley Cornelia de *falsis* castiga a los falsificadores de testamentos o escrituras, testigos falsos en causa capital, maquinadores de partos supuestos, adulteradores de medidas

[1] 1843 dice: "de los cognados próximos, incluyendo al consorte y los afines en el tercer grado de la línea recta y el patrono", en vez de la frase: "Comete parricidio, etc." (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

y monedas; si eran siervos, con el último suplicio; si libres con la deportación y confiscación de todos sus bienes. Por constitución de Justiniano se castigaba con vivicomburio a los monederos falsos, y a otros falsificadores con pena arbitraria.

La ley Julia de *vi publica* castiga con pena capital los actos violentos a mano armada que turban la seguridad pública, y los atentados de fuerza por o contra personas públicas. La fuerza privada hecha sin armas, con la confiscación de la tercera parte de los bienes y la infamia.

La ley Julia de *peculatu et sacrilegio* castiga a los que hurtan las cosas públicas o sagradas: el peculado se castiga con la deportación y a veces con el cuádruple; el sacrilegio con pena extraordinaria.

La ley Fabia de *plagiariis* castiga con pena pecuniaria (que después se hizo extraordinaria y a veces capital) a los que hurtan dolosamente o encierran hombres libres o siervos.

La ley Julia *repetundarum* castiga con pena extraordinaria a veces capital y aun de muerte, el soborno de los jueces y empleados: la de *ambitu,* el comprar votos para obtener las magistraturas y cargos públicos, con la multa de cien áureos y la infamia, y a veces la deportación; la *annona,* el encarecer los abastos [1], con pena extraordinaria; la de *residuis,* el retener o defraudar el dinero público que se administra. Hoy se llama este delito peculado

FIN DEL CUARTO Y ÚLTIMO LIBRO

[1] 1843 agrega: embarazar o defraudar el comercio o los alimentos (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

II

PROGRAMA DE DERECHO ROMANO

Diversas formas de gobierno que tuvo Roma. – Qué entendían por ley los romanos, y cómo se hacían éstas durante la monarquía y la república. – Noticia de las doce tablas, de su formación y años en que se sancionaron. – Qué son plebiscitos, y desde cuándo tuvieron fuerza de ley. – Edicto pretorio, su duración. – Limitaciones que sufrieron los pretores en la potestad legislativa. – Senadoconsultos, desde cuándo fueron obligatorios. – Constituciones imperiales, sus especies. Si tenían fuerza de leyes. – De qué se componía el antiguo derecho romano escrito. – Noticia de los códigos que se publicaron antes de Justiniano, sus autores, años de su publicación. – Colecciones de leyes publicadas por Justiniano. – Reglas para juzgar de la diferente autoridad de estas obras; aplicación de esas reglas [1].

[1] 1843 dice: Reglas para juzgar de la diferente autoridad de estas obras y su aplicación. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

LIBRO PRIMERO

TÍTULO I

De la justicia y del derecho

TÍTULO II

Del derecho de gentes, natural y civil

Qué es justicia. – Diversos sentidos de la palabra derecho. – Definición de la jurisprudencia. – División general del derecho con relación a la autoridad de que emana. – División del derecho divino en natural y positivo. – Definición del derecho natural y de gentes. Id. según los jurisconsultos romanos. – Qué es derecho civil, su división. – De qué se compone el derecho romano escrito. – Qué es derecho no escrito. – Requisitos para su validez. – Su fuerza. – Otra división del derecho, y objeto del privado de los romanos.

TÍTULO III

Del derecho de las personas

TÍTULO IV

De los ingenuos

Los hombres se dividen en libres y siervos. – Qué es libertad y qué es servidumbre. – Qué es persona en el derecho romano. – Cómo se hacen siervos los hombres libres. – Derecho de los amos sobre los siervos. – Limitaciones de estos derechos. – Subdivisión de los hombres libres. – Quiénes son ingenuos.

TÍTULO V

De los libertinos

Qué es libertino y qué manumisión. – En qué se divide ésta. – Casos en que tiene lugar la forzada. – Otra división de la manumisión. – Cuántos y cuáles son los modos solemnes. – Id. los menos solemnes. – Cuántas clases de libertos hubo antes de Justiniano, y quiénes pertenecían a cada una de ellas. – Disposición de este emperador sobre la materia. – Derechos de patronato.

TÍTULO VI

A quiénes y por qué causa no es lícito manumitir

Disposición de la ley Elia Sencia sobre la manumisión hecha en fraude de los acreedores. – Qué se exige para que tenga lugar esta disposición. – Casos en que puede manumitir un deudor insolvente. – Disposición de la misma ley sobre la manumisión hecha por menores [1]. — Alteraciones que Justiniano hizo en esta ley.

TÍTULO VII

De la ley Fusia Caninia

Disposición de esta ley. – Abusos que dieron lugar a ella. Su abolición.

TÍTULO VIII

De los hombres que son de su propio derecho y de derecho ajeno

Qué son hombres de su propio derecho y de derecho ajeno. – Explicación del antiguo modo de enajenar llamado *mancipación.*

TÍTULO IX

De la patria potestad

Quiénes están bajo patria potestad. – Atribuciones peculiares de la patria potestad de los romanos. – Consecuencia de la primera – de la segunda, id. de ser el hijo cosa con respecto al padre y persona con respecto a los demás hombres. – Restricciones de la patria potestad tanto sobre la persona del hijo como sobre sus adquisiciones. – Modos de adquirir la patria potestad.

1 1843 dice: Sobre la manumisión hecha por menores. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

Título X

Del matrimonio

Qué es matrimonio. – De cuántas clases era en el derecho antiguo. – Cómo se verificaban las nupcias solemnes. – Efectos que producían. – Requisitos para el matrimonio. – Qué nupcias están prohibidas. – Qué son nupcias incestuosas. – Qué es parentesco y en qué se divide. – Qué es línea recta y oblicua en el parentesco. – Cómo se cuentan los grados. – Dentro de qué grados están prohibidas las nupcias en el parentesco natural y mixto. – Id. en el civil. – Qué es parentesco de afinidad. – Hasta qué grado es prohibido el matrimonio en este parentesco. – Si lo produce la unión ilegítima. – Id. los esponsales. – Qué matrimonio es prohibido como indecoroso. – Variación hecha por Justiniano [1]. – Entre quiénes está prohibido el matrimonio como pernicioso. – Penas del matrimonio contraído en contravención a las leyes.

[2] *De la legitimación*

Qué es legitimación. – Su fundamento. – Quiénes no gozan de este beneficio. – Modos de legitimar. – Si todos ellos producían unos mismos efectos. – Si se necesita el consentimiento del legitimado.

Título XI [3]

De la adopción

Qué es adopción. – Requisitos para la adopción en general. – Cuántas especies hay de adopción. – Cómo se hacía por derecho antiguo. – Id. por derecho nuevo. – Requisitos para la arrogación de un impúber. – Derechos del padre arrogador y del hijo arrogado. – Qué es adopción propiamente dicha. – Consecuencias que se siguen de la naturaleza de la adopción. – División de ésta en plena y menos plena. – Sus efectos.

Título XII [4]

De qué modos expira la patria potestad

Enumeración de los modos por que expira la patria potestad. – Qué es emancipación, y cómo se verificaba por derecho antiguo, nuevo y novísimo. – Casos en que un padre puede ser obligado a emancipar.

1 1843 dice: Variación de Justiniano. (Comisión Editora. Caracas).
2 1843 dice: Título XI. De la legitimación. (Comisión Editora. Caracas).
3 1843 dice: Título XII (Comisión Editora. Caracas).
4 1843 dice: Título XIII (Comisión Editora. Caracas).

Título XIII[1]

De la tutela

Qué es tutela. – Su origen. – Su división. Tutela de las mujeres. - Quiénes pueden ejercerla[2]. — A quiénes puede darse tutor.

Título XIV[3]

Qué tutores pueden darse por testamento

Quiénes pueden nombrar tutores en testamento. – Quiénes pueden ser nombrados tutores. – Diferencia entre ésta y las otras clases de tutela en cuanto al modo de nombrar tutor. – Casos en que para la validez del nombramiento se requiere la confirmación del magistrado. – Diversos modos de otorgar esta confirmación.

Título XV

Tutela legítima de los agnados

Título XVI[5]

De la diminución[6] de cabeza

Qué se entiende por diminución[7] de cabeza. – Sus especies. – Quiénes sufren la máxima. – Ficciones del derecho de Postliminio y de la ley Cornelia. – Quiénes la media. – Quiénes la mínima. – Efectos de la diminución de cabeza en cuanto a la agnación y cognación[8].

Título XVII

Tutela de los patronos

1 1843 dice: Título XIV (Comisión Editora. Caracas).
2 1843 dice: Quiénes pueden ejecutarla (Comisión Editora. Caracas).
3 1843 dice: Título XV y suprime: Qué tutores pueden darse por testamento. (Comisión Editora. Caracas).
4 1843 dice: Título XVI, XVII, XVIII, XIX. Tutela de los agnados, patronos.
5 1843 dice: Título XX. (Comisión Editora. Caracas).
6 1843 dice: disminución. (Comisión Editora. Caracas).
7 1843 dice: disminución. (Comision Editora. Caracas).
8 1843 dice: Sus efectos en cuanto a la agnación y cognación. (Comisión Editora. Caracas).

TÍTULO XVIII

Tutela de los padres

TÍTULO XIX

Tutela fiduciaria

Qué es tutela legítima. – En qué casos tiene lugar. – A quiénes se confiere: sus especies. – Qué son agnados, cognados y gentiles. – Preferencia entre ellos para ejercer la tutela; disposición de Justiniano sobre esto. – Tutela de los patronos. – Id. de los padres. – Id. Fiduciaria.

TÍTULO XX [1]

Del tutor atiliano y del que se daba por la ley Julia y Ticia [2]

Qué es tutela dativa. – En qué casos tiene lugar. – A quiénes corresponde el nombramiento de tutor.

TÍTULO XXI [3]

De la autoridad del tutor

Qué se entiende por autoridad del tutor. – Cómo y en qué casos debe interponerla. – Actos permitidos al pupilo sin ella. – Casos en que es necesaria. – Si puede el tutor interponer su autoridad en sus negocios con el pupilo. – Potestad del tutor en la persona del pupilo. – Id. sobre sus bienes.

TÍTULO XXII [4]

De qué modos termina la tutela [5]*: enumeración de los modos por los cuales termina la tutela*

TÍTULO XXIII [6]

De los curadores

Qué es curaduría. – En qué se diferencia de la tutela. – Su división. Quiénes pueden ser curadores. – A quiénes corresponde su nombra-

1 1843 dice: TÍTULO XXI. (COMISION EDITORA. CARACAS).
2 1843 dice: Del autor italiano. (COMISION EDITORA. CARACAS).
3 1843 dice: TÍTULO XXII. (COMISION EDITORA. CARACAS).
4 1843 dice: TÍTULO XXIII. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
5 1843 suprime: De qué modos termina la tutela. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
6 1843 dice: TÍTULO XXIV. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

miento. – Casos en que tiene lugar la curaduría dativa. – Id. la legítima. – Cuándo se nombra actor. – Cómo fenece la curaduría. – Obligación del tutor y curador concluida la tutela o curaduría.

TÍTULO XXIV [1]

De las fianzas

Cauciones que pueden prestar los tutores y curadores, y cuál es la que comúnmente se les exige. – Qué tutores están eximidos de prestar fianza. – Caso en que debe darla el tutor testamentario. – Quiénes pueden estipular la fianza. – Acción que compete al pupilo en virtud de ella. – Qué se hace si el tutor no quiere dar fianza.

TÍTULO XXV [2]

De las excusas

Qué es excusa. – Su división. – En qué se distinguen las voluntarias de las necesarias. – Subdivisión de las voluntarias. – Quiénes gozan de privilegio. – Quiénes se excusan por impotencia. – Id. por el peligro de la reputación. – Casos en que no aprovechan estas excusas. – Enumeración de las necesarias. – Cómo, cuántas y dentro de qué tiempo deben alegarse las excusas.

TÍTULO XXVI [3]

De los tutores sospechosos

Cuándo un tutor es sospechoso. – Origen de este crimen. – Quiénes pueden acusar de sospechoso. – Qué tutores pueden ser acusados. – Efecto de la acusación. – Pena del tutor sospechoso. – Id. del que se oculta para impedir la asignación de alimentos. – Id. del que pretende sin razón que la pobreza del pupilo no permite dicha asignación. – Id. del que adquiere la tutela con sobornos [4]

1 1843 dice: TÍTULO XXV (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
2 1843 dice: TÍTULO XXVI (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
3 1843 dice: TÍTULO XXVII (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
4 1843 dice: soborno. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

LIBRO SEGUNDO

Título I

De la división de las cosas

Qué se entiende por cosa. – División general de las cosas. – Subdivisión de las de derecho divino. – Qué son cosas sagradas. – Quién puede consagrar una cosa. – Qué es necesario para hacer sagrada una cosa. – Cuándo pueden enajenarse las cosas sagradas. – Qué son cosas religiosas. – Cómo se hace religioso un lugar. – Qué son cosas santas. – Subdivisión de las cosas de derecho humano. – Qué son cosas comunes. – Si pueden apropiarse. – Cuáles son públicas. – De universidad. – Privadas. – División de los derechos que tenemos sobre las cosas. – Qué es derecho de *in re* y qué derecho *ad rem*. – Cuántas especies hay de derecho *in re*. – Qué se entiende por dominio. – Sus divisiones. – División y definición de las causas del dominio. – División general de los modos de adquirir. – Subdivisión de los modos naturales. – Qué es ocupación. – Sus especies. – Qué es caza y en qué lugares puede verificarse. – División de los animales en mansos, silvestres y domesticados; y reglas sobre la ocupación de ellos. – Captura bélica. – Si tiene lugar en la guerra civil. – Derecho de postliminio. – Qué es hallazgo o descubrimiento. – Reglas sobre la invención de un tesoro. – Si pueden apropiarse las cosas perdidas. – Qué es accesión, y cuántas son sus especies. – Adquisiciones que pertenecen a la accesión natural. – Qué es accesión industrial. Sus especies. – Regla general para la adjudicación de la materia ajena unida a la nuestra. – Qué es especificación. – Regla para la adjudicación de la nueva especie. – Qué es conmistión. – Reglas relativas a la confusión. – Id. a la conmistión propiamente dicha. – Accesión mixta. – Sus especies. – Reglas que deben observarse en la plantación. – Qué son frutos. – Su división. – Requisitos necesarios para adquirirlos. – Cuándo los adquiere el poseedor de buena fe. – Reglas para la devolución de los frutos por el poseedor de buena fe y por el de mala. – Si tienen derecho al valor de las mejoras. – Qué es tradición. – Sus especies. – Casos en que no es necesaria la tradición verdadera. – Requisitos para que la tradición trasfiera el dominio.

TÍTULO II

De las cosas corporales e incorporales [1]

Qué son cosas corporales e incorporales. – Consecuencia que se sigue de la naturaleza de las cosas incorporales. – Subdivisión de las cosas corporales.

TÍTULO III

De las servidumbres

Qué es servidumbre. – Su división. – Subdivisión de las reales. – Axiomas sobre servidumbres. – Cómo se constituyen éstas. – Quién determina el lugar donde deben existir las servidumbres. – Derechos inherentes a ella. – Acciones sobre servidumbres. – Enumeración de las principales servidumbres rústicas. – Id. urbanas.

TÍTULO IV

Del usufructo

Qué es usufructo. – De cuántos modos se constituye. – Si puede constituirse en las cosas fungibles. – Derechos inherentes a él. – Obligaciones del usufructuario de fundos, árboles, rebaños. – Qué frutos pertenecen al fructuario. – Cómo los hace suyos. – Qué son frutos civiles, si pertenecen al fructuario. – Derechos de los herederos del fructuario cuando éste fallece. – A quién pertenece la renta del año en que empieza y en que expira el usufructo [2]. – Acciones que competen al fructuario. – Qué se pide por la acción confesoria, a quién y contra quién compete, y en qué se distingue de las demás acciones *in re*. – Obligación del fructuario de prestar fianza, a quién se presta, con qué objeto. – Cuándo puede sustituirse a ella la caución juratoria. – Quiénes están eximidos de esta obligación. – Por qué modos termina el usufructo. – Qué es derecho de acrecer. – Reglas para el acrecimiento en el usufructo.

TÍTULO V

Del uso y la habitación

Que es uso [3]. – Sus diferencias y sus semejanzas con el usufructo. – Derechos del usuario de un fundo, de una casa, de ganados, de siervos, de bestias de carga. – Si puede trasferir a otro su derecho. – Cómo se

[1] 1843 suprime: e incorporales. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[2] 1843 dice: A quién pertenece la renta del año en que expira el usufructo. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[3] 1843 agrega: Del uso y la habitación. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

ESPLICACIONES

DE

DERECHO ROMANO

ARREGLADAS AL ESTUDIO DEL RAMO EN LA SECCION UNIVERSITARIA

Miguel L. Amunátegui

2.ª EDICION

NOTABLEMENTE CORREJIDA.

1881

SANTIAGO DE CHILE

LIBRERIA CENTRAL DE SERVAT I C.ª

CALLE DE LOS HUÉRFANOS NÚM. 29 B

— 1877 —

Facsímil de la portada de la edición de 1877, de las *Explicaciones de Derecho Romano*. Es la segunda edición.

constituye. – Si admite el derecho de acrecer. – Qué es habitación. – En qué se diferencia del uso y del usufructo. – Cómo se constituye y pierde.

TÍTULO VI

De las usucapiones y prescripciones de largo tiempo

División de los modos civiles de adquirir. – Cuáles son los universales. – Íd. los singulares. – Qué es usucapión. – En qué se diferenciaba de la prescripción por derecho antiguo. – Disposición de Justiniano sobre la materia. – Requisitos para la usucapión. – Cómo se define y divide la posesión. – Cómo se adquiere. – Actos que hacen veces de aprehensión. – Cómo se pierde la posesión. – Casos en que la perdemos contra nuestra voluntad. – Íd. con ella. – Si podemos perderla por aquellos que la tienen a nuestro nombre. – Qué se entiende por causa justa. – Si basta que el título parezca justo. – En qué consiste la buena fe. – Épocas en que es necesaria. – Continuidad de la posesión. – De cuántas maneras puede ser la interrupción. – Reglas relativas a la trasmisión de la posesión. – Qué cosas no pueden usucapirse. – Cómo se purga el vicio de las cosas poseídas por fuerza, de las furtivas, de las dadas al presidente contra la ley Julia. – Efectos de las ventas o donaciones de cosa ajena hechas por el fisco o el Emperador. – Tres clases de prescripción de larguísimo tiempo. – Cosas que se adquieren por cada una de ellas. – Efectos de estas prescripciones.

TÍTULO VII

De las donaciones

Cuántas especies hay de donaciones. – Qué es donación *mortis causa*. – Cualidades que la distinguen de la *inter vivos*. – Sus diferencias y semejanzas con el legado. – Qué es donación *inter vivos*. – Qué se requiere para su perfección. – Diferencias entre las obligaciones producidas por este pacto y la que nace del contrato de venta. – Qué donaciones deben insinuarse. – Cuáles no. – En qué casos y por qué es revocable la donación *inter vivos*. – Qué es dote. – Sus divisiones. – Cómo debe restituirse. – Derechos y obligaciones del marido con respecto a los bienes dotales. – Quiénes tienen obligación de dotar. – Cuánta debe ser la dote. – Excepciones que competen al marido en el caso de la dote cauta[1]. – Qué es donación *propter nupcias*. – Qué son dádivas esponsalicias. – Si pueden revocarse. – En qué caso deben restituirse. – Qué es donación *ante nupcias*. – Disposiciones de Justino y Justiniano sobre ella.

[1] 1843 dice: capta. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

TÍTULO VIII

A quiénes es o no lícito enajenar [1]

Si puede el marido enajenar y obligar los bienes dotales, imponer servidumbre sobre ellos, o remitir las que existen a su favor. - Si los que están sujetos a tutela o a curaduría pueden enajenar. – Cómo debe hacerse la enajenación de cosas de pupilos y menores. – Qué sucede si el pupilo da dinero en mutuo sin autoridad del tutor. – El deudor de un pupilo cómo debe hacer el pago para quedar libre de la deuda. – Si puede el pupilo pagar sin la autoridad del tutor. – En qué casos el que no es dueño de una cosa puede enajenarla. – Qué es pacto comisorio y si es válido.

TÍTULO IX

Por qué personas se adquiere [2]

Cómo se adquiere la propiedad, la posesión y la herencia por medio de los siervos. – Qué sucede siendo muchos los amos. – A quién pertenece lo que adquiere un siervo fructuario, un siervo ajeno, o un hombre libre poseído de buena fe. – Si se adquiere por los hijos de familia. – Qué es peculio. – Diversas clases de él. – Bienes comprendidos en cada una de ellas [3]. – Derechos que los padres y los hijos tienen en ellos. – Observaciones sobre los peculios profecticio y adventicio. – Cómo se adquiere por medio de procuradores.

TÍTULO X

Del modo de hacer los testamentos

Diversos sentidos de la palabra herencia. – En qué se divide, considerada como derecho de suceder. – Si es título o modo de adquirir. – Testamento en comicios calados. – *In procinctu*. – *Per aes et libram*. – Testamento pretorio. – Qué es testamento. – Consecuencias de la definición. – División de los testamentos. – Íd. de las solemnidades. – Cuáles son las internas. – Íd. las externas. – Cuáles las del testamento escrito. – Casos en que puede rebajarse el número de testigos. – Observaciones sobre las cualidades de éstos.

1 1843 dice: A quiénes es lícito o no enajenar. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
2 1843 dice: adquieren. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
3 1843 dice: ellos. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

Título XI

Del testamento militar

En qué consisten los privilegios del testamento militar. – Quiénes gozan de ellos. – Cuánto tiempo vale el testamento militar.

Título XII

A quiénes no es permitido testar

A quiénes no es permitido testar por falta de ciudadanía. – Valor del testamento hecho antes de la cautividad y durante ella. – Si pueden testar los hijos de familia. – De qué peculios pueden disponer, y casos en que pueden testar del adventicio. – Si pueden testar los impúberes, locos, sordos y mudos. – En qué épocas se requiere la idoneidad del testador para la validez del testamento. – Quiénes carecen de la facultad de testar en pena de algún delito. – Solemnidades del testamento del ciego.

Título XIII

De la desheredación

Qué es desheredar. – Requisitos para la desheredación. – Cómo debía desheredarse por derecho civil antiguo a los hijos varones de primer grado. – Íd. a las hijas [1] y descendientes de grado ulterior. – Efecto de la preterición o desheredación mal hecha de los hijos. – Íd. de las hijas. – Disposición del derecho pretorio sobre la materia. – Qué son hijos póstumos. – Diferencia entre éstos y los existentes al tiempo de hacerse el testamento en cuanto a la desheredación. – Qué son cuasi póstumos. – Disposición del derecho civil y del pretorio sobre la institución y desheredación de los emancipados. – Íd. de los hijos adoptivos. – Disposición de Justiniano sobre la desheredación de toda clase de hijos. – Quiénes están obligados a instituir o desheredar. – Qué es legítima y a quiénes se debe. – De qué porción de sus bienes puede disponer libremente un padre. – Causas justas para la desheredación de los descendientes. – Íd. de los ascendientes. – Íd. de los hermanos.

Título XIV

De la institución de heredero [2]

Quiénes pueden ser instituidos herederos. – Quiénes no pueden serlo. – Restricciones impuestas a la facultad de instituir heredero. – Consecuencia del principio de los romanos de que nadie puede morir parte

1 1843 dice: hijos. (Comisión Editora. Caracas).
2 1843 dice: herederos. (Comisión Editora. Caracas).

testado y parte intestado. – De qué modos puede dejarse la herencia. – Definición y división de las condiciones. – Reglas sobre el efecto que producen en los testamentos. – Qué instituciones son prohibidas.

Título XV

De la sustitución vulgar

Qué es sustitución. – Por qué se establecieron las sustituciones[1]. – Su división. – Subdivisión de la directa. – Cuál es la vulgar. – Reglas relativas a la sustitución.

Título XVI

De la sustitución pupilar

Qué es sustitución pupilar. – Axiomas sobre ella. – Consecuencia de cada uno. – Qué es sustitución ejemplar. – Sus diferencias respecto de la pupilar.

Título XVII

De los modos de invalidarse el testamento

Qué es testamento nulo. – Íd. ilegítimo. – Si hay casos en que pueden tener valor. – Cuándo se dice roto el testamento. – De cuántos modos puede romperse[2]. – En qué casos el testamento posterior deja subsistente al anterior. – Valor del testamento roto. – Cuándo se hace írrito un testamento. – Casos en que lo sostiene el pretor. – Qué es testamento destituido.

Título XVIII

Del testamento inoficioso

Qué es testamento inoficioso. – Qué es querella de testamento inoficioso. – Causa de su introducción. – Contra quién y con qué objeto se intenta. – En qué casos no hay necesidad de ella. – Casos en que tiene lugar. – Quién puede usar de ella. – A quiénes no se permite intentarla. – Dentro de qué tiempo debe usarse. – Pena del que intentándola es vencido en juicio.

1 1843 suprime: las sustituciones. (Comisión Editora. Caracas).
2 1843 dice: De qué modos puede verificarse. (Comisión Editora. Caracas).

TÍTULO XIX

De la calidad y diferencia de los herederos

Tres clases de herederos. – Quiénes son necesarios. – Beneficio que les concede el pretor. – Quiénes son suyos y necesarios. – Beneficio que les concede el pretor. – Quiénes son herederos voluntarios o extraños. – Diversos sentidos de la palabra extraño. – Modos de adquirir [1] una herencia. – Quiénes no pueden ejecutar la adición, y personas que deben hacerlo por ellos. – Épocas en que es necesario la idoneidad de los herederos extraños. – Obligaciones del heredero. – Beneficios establecidos en su favor. – Plazo para deliberar, su duración, qué es permitido al heredero durante él. – Qué sucede si cumplido el plazo el heredero no ha aceptado ni renunciado la herencia. – Si el heredero puede trasmitir a sus herederos el plazo para deliberar. – Si es permitido abandonar la herencia después de la adición o inmistión. – Casos en que puede hacerse. – En qué consiste el beneficio de inventario. – Formalidades con que debe éste hacerse para gozar del beneficio.

TÍTULO XX

De los legados

Qué es legado. – Sus diferencias respecto del fideicomiso por derecho antiguo. – Cuántas clases había de legados. – Sus diferencias. – Consecuencias que se siguen de la igualdad establecida entre legados y fideicomisos. – Quiénes pueden dejar legados y a quiénes pueden dejarse. – Diferencia sobre esta materia entre el derecho antiguo y el nuevo. – A quiénes pueden imponerse legados. – Qué cosas pueden legarse. – Legado de cosa futura. – Íd. de cosa del legatario. – Íd. de cosa ajena. – En qué caso vale el legado de cosa ajena que el testador creyó suya. – Legado de cosa común. – Si perece el legado por enajenar el testador la cosa legada. – Legado de nombre. – Íd. de liberación, – Íd. de deuda. – Qué es prelegado de la dote. – Su utilidad. – Legado de cosas individuales. – Para quién perece la cosa legada. – Legadas dos cosas cuándo perece el legado por la destrucción de una de ellas. – A quién pertenecen los incrementos o decrementos de la cosa legada. – Cuándo la mutación de especie de la cosa legada destruye el legado. – Legados de género. – Si son válidos los de los géneros supremos. – A quién pertenece la elección en el legado general. – Restricción impuesta a la facultad de elegir, ya la tenga el legatario o el heredero. – Diferencia entre los legados de especie y los de género y cantidad. – Íd. entre los de elección, y los generales ordinarios. – Legados de hecho. – Qué son legatarios conjuntos.

[1] 1843 dice: admitir (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

– Sus diversas clases. – Cuándo se entiende faltar uno de los colegatarios. – Si gozan del derecho de acrecer, y bajo qué reglas. – Diferencia entre el derecho de acrecer de los coherederos y el de los colegatarios. – Varios modos de legar. – Qué se entiende por ceder y venir el día de un legado. – Cuándo cede y viene el día en el legado puro. – En el condicional. – En el que se hace hasta cierta época, o desde cierta época. – Qué es demostración. – Si su falsedad vicia el legado. – Si lo vicia la causa falsa. – Legados *sub modo*. – Captatorios. – Penales.

Título XXI

De la revocación y traslación de los legados

De cuántos modos pueden revocarse los legados. – Cuándo se revocan *ipso jure*. – Cuándo por medio de excepción. – Cómo se trasfieren los legados. – Solemnidades para la validez de este acto. – Casos en que se extinguen los legados sin voluntad del testador.

Título XXII

De la ley Falcidia

Qué se dispone en la ley Falcidia. – Si sólo es aplicable a los legados. – A quién corresponde el beneficio de ella. – Cómo se deduce la cuarta Falcidia cuando hay coherederos, y cuándo una porción hereditaria se agrega a otra por sustitución o acrecimiento. – Cuántas falcidias se sacan en el caso de la sustitución pupilar. – En qué tiempo se considera el valor del patrimonio para la deducción de la falcidia. – Deducciones que deben hacerse antes. – Casos en que no tiene lugar.

Título XXIII

De las herencias fideicomisarias

Qué es fideicomiso, y en qué se divide. – Si son obligatorios los fideicomisos. – Quiénes pueden dejarlos, y a quiénes. – Personas a quiénes pueden imponerse. – Cuántas personas deben distinguirse en un fideicomiso. – Cuántos testigos son necesarios para su validez. – En qué se distinguen las herencias fideicomisarias de las directas. – Qué se disponía en los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano [1]. – Ineficacia de sus disposiciones. – Disposición de Justiniano sobre la materia. – Casos en que no tiene lugar la cuarta trebeliánica.

[1] 1843 dice: pagaciano (Comisión Editora. Caracas).

Título XXIV

De los fideicomisos singulares [1]

Diferencias que quedan entre los fideicomisos singulares y los legados.

Título XXV

De los codicilos

Qué son codicilos, y cuándo empezaron a ser obligatorios. – En qué se dividen. – Disposiciones que pueden hacerse en codicilo. – Si valen los codicilos anteriores no confirmados expresamente. – En qué casos los codicilos hacen veces de testamento. – Efecto de la cláusula codicilar. – Quiénes pueden hacer codicilos. – Cuántos pueden hacerse y con qué solemnidades.

1 1843 suprime: singulares (Comisión Editora. Caracas).

LIBRO TERCERO[1]

TÍTULO I

De las herencias en ab intestato

Cuándo tiene lugar la sucesión ab intestato. – Cuál era su fundamento por derecho antiguo. – Qué se entendía por familia entre los romanos. – Quiénes eran llamados a consecuencia de esto.

TÍTULO II

De la sucesión legítima de los agnados

En qué casos eran llamados los agnados. – Reglas a que estaba sujeta la sucesión de ellos. – Si el padre sucedía al hijo, éste a la madre, o la madre a él.

TÍTULO III

Del senadoconsulto Tertuliano

Disposición de este senadoconsulto. – Reglas a que, según él, estaba sujeta la sucesión de la madre.

TÍTULO IV

Del senadoconsulto Orficiano

Derechos de los descendientes en la sucesión intestada de la madre.

TÍTULO V

De la sucesión de los cognados

En qué caso y por quién eran llamados los cognados a la sucesión intestada.

1 1843 suprime los TÍTULOS desde el I hasta el XIII inclusives. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

Título VI

Título VII

De la cognación servil

Si tenían y tienen derecho para heredarse ab intestato los libertos que son parientes.

Título VIII

De la sucesión de los libertos

Según la ley de las doce tablas quién sucedía al liberto intestado. – Derecho que por el edicto pretorio tenía el patrono en la sucesión testamentaria del liberto. – Derechos del patrono en la sucesión testada e intestada del liberto, según disposición de Justiniano.

Título IX

De la asignación de los libertos

En qué consistía la asignación de los libertos.

Título X

De la posesión de bienes

Qué se entiende por posesión de bienes. – Su origen. – En qué se divide. – Casos en que tenía lugar habiendo testamento. – Íd. ab intestato. – Quiénes eran llamados por el edicto *unde liberi.* – Quiénes por el edicto *unde legitimi.* – Quiénes por el edicto *unde cognati.* – Quiénes por el edicto *unde vir et uxor.* – Dentro de qué tiempo puede partirse la posesión de bienes.

Título XI

De la adquisición por arrogación

Disposiciones del antiguo y nuevo derecho sobre las adquisiciones que hacía el padre por la arrogación.

Título XII

De las personas a quienes se entregan los bienes por causa de libertad

Qué es permitido, y por qué motivo, cuando no acepte la herencia el heredero nombrado en un testamento en que se manumite a uno o más esclavos.

Título XIII

De la supresión de las sucesiones que se adquirían por la venta de bienes y por el senadoconsulto Claudiano

Cuándo tenía lugar la sucesión por venta de bienes. – Íd. por el senadoconsulto Claudiano. – Supresión de una y otra.

Sucesión ab intestato según la novela 119[1]

Principio fundamental de la sucesión ab intestato según el derecho antiguo[2]. – Íd. por el nuevo. – Cuántos y cuáles son los órdenes de sucesión.

Sucesión de los descendientes

Reglas a que está sujeta la sucesión de los descendientes legítimos. – Derechos de los legitimados. – Íd. de los adoptivos. – Diversas clases de descendientes ilegítimos, y sus derechos.

Sucesión de los ascendientes

Casos en que tiene lugar la sucesión de los ascendientes. – Reglas a que está sujeta. – Reciprocidad de derechos entre los ascendientes y descendientes legítimos.

Sucesión de los colaterales

En qué casos tiene lugar la sucesión de los colaterales, y reglas a que está sujeta.

Sucesión de los cónyuges

En qué casos tiene lugar la sucesión de los cónyuges, y cuándo es la porción que la ley señala. – Obligación del cónyuge que pasa a segundas nupcias. – En qué casos no existe[3].

Título XIV

De las obligaciones

Qué es obligación. – División de las obligaciones y efecto de cada una de ellas. – Subdivisión de las civiles. – Otra división general de las obligaciones. – Qué es convención. – Su división. – Qué se entiende por pacto y qué por contrato. – Íd. por nombre y causa en los con-

1 1843 dice: Título I (Comisión Editora. Caracas).
2 1843 agrega: Qué es obligación. (Comisión Editora. Caracas).
3 1843 dice: existen. (Comisión Editora. Caracas).

tratos. – División de los pactos y su efecto. – División de los contratos. – En qué principios debe apoyarse la presunción del consentimiento. – Subdivisión de los verdaderos contratos. – Cuatro clases de contratos innominados, y acciones que producen. – División de los nominados. – Otra división general de los contratos en unilaterales y bilaterales. – Acciones que nacen de los bilaterales: origen y objeto de ellas [1]. – Principio de que puede nacer el daño en los contratos. – Si debe pagarse el daño causado por dolo. – Íd. por caso fortuito. – Cómo se divide la culpa. – Reglas relativas a la indemnización del daño causado por culpa.

TÍTULO XV

De qué modos se contrae obligación por la cosa

Qué son contratos reales. – Cuáles son éstos. – Qué es mutuo. – Requisitos necesarios para hacer este contrato. – Si es necesaria en el mutuo la tradición verdadera. – Qué sucede si se presta dinero ajeno. – Para quién perece la cosa dada en mutuo. – Acción que nace de este contrato. – Definición del comodato y consecuencias que de ella se siguen. – Acciones que nacen del contrato de comodato. – A quiénes corresponden, y con qué objeto. – Diferencia entre las acciones de comodato y la de mutuo. – Qué es depósito. – Qué derechos da este contrato al depositario. – Si puede el depositario usar la cosa depositada. – Qué culpa satisfacen en este contrato las partes. – Obligaciones y derechos del depositario. – Qué es depósito miserable; y qué tiene de singular. – Qué es secuestro, y en qué se diferencia del depósito. – Acciones que nacen del depósito. – Íd. del secuestro. – Qué es prenda. – Qué cosas pueden darse en prenda. – Qué derecho compete al acreedor en virtud de este contrato. – Qué culpas se satisfacen en este contrato las partes. – Acciones que nacen del contrato de prenda.

TÍTULO XVI

De las obligaciones verbales

Qué son obligaciones verbales. – Cómo se contraen. – Qué es estipulación, y cuántas son sus especies. – Reglas relativas a la estipulación. – Qué acción nace de la estipulación. – Obligaciones del promisor de un hecho. – Si es esencial en la estipulación la interrogación y respuesta.

TÍTULO XVII

De los reos de estipular y prometer [2]

Qué son co-reos de estipular. – Íd. de prometer. – Obligaciones de los co-reos de prometer. – Si gozan del beneficio de división. – Derechos

[1] 1843 dice: ellos: (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
[2] 1843 suprime: y prometer (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

de los co-reos de estipular. – Derechos y obligaciones de los co-reos de prometer entre sí. – Íd. de los de estipular entre sí.

TÍTULO XVIII

De las estipulaciones de los siervos [1]

A quiénes pertenecen las adquisiciones hechas por estipulación de un siervo propio. – Íd. común. – Íd. hereditario.

TÍTULO XIX

De la división de las estipulaciones [2]

Diversas clases de estipulaciones. – Qué son estipulaciones pretorias, ejemplos de ellas. – Íd. judiciales, ejemplos de ellas. – Íd. comunes, ejemplos de ellas. – Qué son estipulaciones convencionales, sus especies.

TÍTULO XX

De las estipulaciones inútiles [3]

Por cuántos capítulos pueden ser inútiles las estipulaciones. – Qué estipulaciones son inútiles por razón de la materia. – Si se hacen válidas estas estipulaciones añadiéndoles condición o día. – En qué casos es válida la estipulación condicional que recae sobre cosas que no pueden prometerse. – Qué derechos da al estipulador la mala fe del promisor. – Qué sucede si la cosa estipulada llega a ser del estipulador por otra causa. – Valor de la estipulación que recae sobre una cosa comerciable al tiempo de celebrarse, pero eximida después del comercio y restituida después a su primer estado. – Valor de la estipulación en que se promete que otro hará o dará alguna cosa. – Íd. de la estipulación ajena. – Modos de hacer valer la estipulación ajena. – Qué sucede si se estipula disyuntivamente para el estipulador o para otra persona. – Íd. Si se estipula conyuntivamente. – Qué estipulaciones son inútiles por razón de las condiciones. – Valor de la estipulación prepóstera. – Qué sucede si se comprenden muchas cosas en la estipulación. – Valor de la estipulación hecha por los pupilos y menores. – Qué estipulaciones son inútiles por razón de la forma. – En qué casos el error de las partes hace inútil la estipulación.

[1] 1843 suprime: TÍTULO XVIII. De las estipulaciones de los siervos. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[2] 1843 suprime: TÍTULO XIX. De la división de las estipulaciones. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[3] 1843 suprime: TÍTULO XX. De las estipulaciones inútiles. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

Título XXI

De los fiadores

Qué es fiador. – Qué personas no pueden afianzar. – En qué obligaciones tiene lugar la fianza. – Si puede el fiador obligarse en más o en menos que el deudor. – Qué sucede cuando el deudor no cumple. – Beneficios de que gozan los fiadores, y casos en que no aprovechan.

Título XXII

De las obligaciones literales

Qué es contrato literal. – Reglas relativas a él.

Título XXIII

De las obligaciones consensuales

Qué son obligaciones consensuales. – Cuáles son los contratos de esta especie. – Calidad común a todos ellos.

Título XXIV

De la compra y venta

Qué es compra y venta. – Cómo se perfecciona este contrato. – Cuándo y con qué gravamen pueden las partes separarse. – Cuándo hace el pretor ineficaz este contrato. – Qué clase de dolo lo anula. – Cuándo se supone que el error anula el consentimiento. – Qué cosas pueden venderse y cuáles no. – En qué se diferencia el contrato de venta del de permuta, y a qué se atiende para distinguirlos. – Importancia de esta distinción. – Cualidades que debe tener el precio en la venta. – Cuándo es verdadero, cuándo justo y cuándo determinado. – Qué sucede en caso de lesión por injusto precio. – Obligaciones del comprador y vendedor. – A quién corresponde el peligro y el cómodo de la cosa vendida. – Acciones que nacen de este contrato, y qué se pide por ellas.

Título XXV

De la[1] *locación conducción*

Qué es locación conducción. – Si trasfiere el dominio. – De cuántas clases es la locación. – Qué cosas y qué servicios pueden locarse. –

[1] 1843 suprime: la (Comisión Editora. Caracas).

Cuándo se supone perfecto este contrato. – Qué es renta [1], y en qué debe consistir. – Cómo se determina. – Qué nombre se le da a este contrato cuando no se estipula salario. – Acciones que produce. – Obligaciones del locador y conductor. – Casos en que puede privarse a éste de la cosa arrendada. – Cuándo tiene el conductor derecho a que se le rebaje parte de la renta. – Si muerto el conductor subsiste la conducción. – Si está obligado el sucesor singular a permanecer en ella.

Apéndice sobre la enfiteusis

Qué es enfiteusis. – Su origen. – Desde cuándo se hizo contrato particular. – Cómo se perfecciona la enfiteusis. – Derechos que corresponden al enfiteuta y al señor directo. – Cuándo cesa la obligación de pagar el canon. – Modos por que expira el derecho enfitéutico. – Acciones que produce este contrato.

TÍTULO XXVI

De la sociedad

Qué es sociedad. – Sus especies. – En qué se divide la sociedad de bienes. – Si es válida la sociedad desigual. – Qué es sociedad leonina: si es permitida. – Qué se entiende por lucro, y qué por pérdida. – Qué beneficio se deben mutuamente los socios. – Qué efectos produce la sociedad universal, la general y particular. – Si pasa a los herederos. – Enumeración de los modos por que se disuelve. – Acción que nace de este contrato: a quién compete, y qué se pide por ella.

TÍTULO XXVII

Del mandato

Qué se entiende por mandato. – En qué se diferencia de la gestión de negocios, de la locación, del consejo, de la recomendación y del precepto. – Varias especies de mandato. – Cuándo es nulo. – Cómo se contrae. – Si admite salario. – Obligaciones del mandatario y del dueño. – Modos por los cuales expira el mandato. – Qué acciones produce, y qué se pide por ellas.

TÍTULO XXVIII

De las obligaciones que nacen de los cuasi-contratos

Qué es cuasi-contrato. – Cuáles son los principales. – Qué es gestión de negocios. – Diferencia entre el gestor de negocios, el mandatario y el procurador. – Obligaciones del gestor de negocios y el dueño. – Acciones que produce y qué se pide por ellas. – Definición del cuasi-contrato

1 1843 dice: venta (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

llamado tutela. – Acciones que nacen de él. – Obligaciones del que administra una herencia o una cosa común para con los herederos y condóminos [1], y de éstos para con aquél. – Acciones que produce este cuasi-contrato. – Qué se entiende por adición de la herencia. Qué acción produce este cuasi-contrato, y contra quién compete. – Qué se entiende por solución de lo no debido. – Cómo se llama la acción que nace de este cuasi-contrato: contra quién compete y qué se pide por ella. – Diferencia entre la condición *indebiti*, la condición *causa data causa non secuta* y la condición *ob turpem causam.*

Título XXIX

Por qué personas se adquiere una obligación para nosotros [2]

Por qué personas adquirimos las obligaciones. – Qué acción adquiere el hijo para sí, y cuáles para su padre. – Reglas relativas a las obligaciones procedentes de contrato.

Título XXX

Cómo se extingue [3] la obligación una vez contraída. – Enumeración de los modos por que termina *ipso jure.* – Qué se entiende por solución. – Quiénes pueden hacerla recta y eficazmente, y quiénes no. Si puede el acreedor rehusar el pago ofrecido por un extraño. – Qué acción compete al extraño contra el deudor [4] cuando paga por él contra su voluntad. – Cuándo no se satisface debidamente al acreedor. – Efectos de la solución hecha conforme a derecho. – Qué es oblación y consignación. – Qué efectos produce [5]. – Qué es compensación. – Qué cosas no pueden entrar en ella. – Qué es confusión [6]. – Quiénes no quedan exentos de la obligación por la destrucción de la cosa. – Qué es novación. – Qué obligaciones pueden novarse. – Efectos de la novación. – En qué se divide. – Cuándo la obligación voluntaria se hace con delegación. – Cuándo se presume la intención de novar. – Efectos que produce el que subsistan ambas obligaciones. – Cuándo queda libre el deudor por la delegación. – Efecto de la novación necesaria o contestación de litis. – Qué es aceptilación. – Consecuencias que nacen de ella. – Diferencia entre el pacto de *non petendo* y la aceptilación. – Qué obligaciones no se disuelven por la aceptilación. – Qué es mutuo disenso.

1 1843 dice: socios (Comisión Editora. Caracas).
2 1843 suprime: Una obligación para nosotros (Comisión Editora. Caracas).
3 1843 agrega: De qué modos expira la obligación. (Comisión Editora. Caracas).
4 1843 agrega: principal (Comisión Editora. Caracas).
5 1843 suprime: Qué es oblación y consignación. Qué efectos produce. (Comisión Editora. Caracas).
6 1843 agrega: Qué se entiende por oblación y consignación. Qué efectos produce. (Comisión Editora. Caracas).

LIBRO CUARTO

TÍTULO I

De las obligaciones que nacen del delito

Qué es delito. – Sus efectos. – Su división. – De cuántos modos puede conocerse de los delitos privados. – De cuántas clases son las acciones que nacen de delitos. – Cuántos y cuáles son los delitos privados. – Qué es hurto. – Consecuencia que se siguen de la definición. – De cuántas clases es el hurto. – Casos en que tiene lugar cada una de ellas. – División que hacían los romanos del hurto. – Acciones que nacían de él. – Si es permitido matar al ladrón. – División que hoy se hace del hurto según su gravedad. – Acciones reipersecutorias que pueden entablarse en caso de hurto. – A quiénes se dan, contra quiénes, y qué se pide por ellas. – En qué se diferencia la condición furtiva de la vindicación, si pueden acumularse. – Acciones penepersecutorias que nacen del hurto. – A quiénes se dan, contra quiénes, y con qué objeto. – En qué se diferencia [1]. – Cuándo no corresponde al dueño de la cosa la acción de hurto, y si en algún caso puede entablarse contra él. – Qué clase de interés debe tener el que no es dueño para que le corresponda la acción de hurto. – Si puede acumularse la acción civil de hurto con la criminal. – Qué penas pueden imponerse al ladrón, y cuáles no por disposición de Justiniano. – Pena que imponían las leyes de las doce tablas al ladrón manifiesto y al no manifiesto. – Conmutación que hicieron los pretores de la pena del primero. – Si pueden acumularse las acciones penepersecutorias con reipersecutorias.

TÍTULO II

Del robo

Qué es robo. – En qué se distingue del hurto. – Si es robo la invasión de una cosa inmueble, y la de una cosa que se cree propia. – Penas de estos actos. – Íd. del acreedor que ocupa violentamente la cosa del

[1] 1843 dice: diferencian. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

deudor. – Acciones que nacen del robo. – A quiénes se dan, contra quiénes, y qué se pide por ellas. – Si pueden acumularse. – Si en el caso del robo pueden entablarse las acciones que nacen del hurto.

Título III

De la ley Aquilia

Qué daño se vindica por la ley Aquilia. – A quién y contra quién se concede la acción de esta ley. – Casos en que no tiene lugar. – Cuántas eran las cláusulas principales de la ley Aquilia. – Qué daño se vindicaba por la primera. – Qué derecho tenía para pedir al actor en este caso. – Disposición de la segunda cláusula. – Íd. de la tercera. – Qué acción podía entablarse en caso de herida de hombre libre. – Pena del que negaba el delito. – Cuándo tenía lugar la acción directa de la ley Aquilia, cuándo la útil, y cuándo la *in factum*. – Diversos sentidos del término acción directa... – Qué se entiende por acciones útiles.

Título IV

De las injurias

Acepciones de la palabra injuria. – División de las injurias. – A qué clase pertenecen las que se hacen por pinturas, y por escrito. – Qué es injuria real. – Id. verbal. – En qué caso es excusable una expresión injuriosa. – Pena que imponían en caso de libelo infamatorio las leyes de las doce tablas, la ley Cornelia y las constituciones imperiales. – División de la injuria atendida su gravedad. – Circunstancias que hacen atroz una injuria. – Casos en que no se presume injuria. – Quiénes pueden entablar la acción de injurias. – De qué modos puede procederse en caso de injuria. – Pena de las injurias por la ley de las doce tablas. – Acción pretoria estimatoria. – Id. criminal extraordinaria. – Si pueden acumularse. – Si en ella se admite procurador. – Injurias a que es aplicable la ley Cornelia. – Dos acciones de esta ley[1]. – Palinodia. – Sus especies. – Casos en que expiran las acciones sobre injurias.

Título V

De los cuasi-delitos

Qué es cuasi-delito. – En qué consiste el del juez que hace suya la litis. – Pena. – El de los que arrojan o derraman. – Acción que se concede en este caso al perjudicado, y qué se pide por ella. – El de los

[1] 1843 agrega: Retorsión. (Comisión Editora. Caracas).

que ponen o suspenden algo en un paraje de tránsito. – Quién puede intentar acción en este cuasi-delito, y con qué objeto. – Cuándo los patronos de naves, posaderos, etc. son responsables por cuasi-contrato y cuándo por cuasi-delito. – Acción que se concede al perjudicado según los casos.

TÍTULO VI

De las acciones

Diversos sentidos de la palabra acción. – Acepciones de esta voz considerada como medio legítimo de reclamar lo nuestro. – División de las acciones con respecto al derecho de que emanan. – Id. en reales y personales. – Explicación de las acciones impropiamente llamadas mixtas. – Cuántas especies hay de acción real. – Cualidad esencial de estas acciones. – Si el poseedor de una cosa puede reclamarla por acción real y el dueño de ella por acción personal. – Excepciones a estas dos reglas. – Acciones que nacen del dominio. – A quién se da la vindicación, contra quién y qué se pide por ella. – Id. la publiciana, motivo de su introducción. – Reglas para saber a quién pertenece una cosa que ha sido vendida a dos o más [1]. – Acción rescisoria [2]. – Acciones que nacen de la herencia. – A quién se concede la petición de herencia, contra quién y para qué. – Id. la querella de inoficioso. – Acciones que nacen de la servidumbre. – Quién puede intentar la confesoria, contra quién y con qué objeto. – Id. la negatoria. – A quién incumbe el cargo de probar en estas dos acciones. – Acciones que nacen de la prenda. – A quién corresponde la serviana y contra quién. – Beneficio concedido al tercer poseedor de la prenda o hipoteca. – Explicación de la acción cuasi-serviana. – Íd. de la hipotecaria. – Acción Pauliana. – Requisitos para que los acreedores puedan rescindir las enajenaciones hechas por el deudor. – Acciones prejudiciales. – Su objeto. – Acción de *agnoscendo partu*. – Casos en que tiene lugar. – Acciones personales, su carácter. – Cuáles pueden darse contra un tercer poseedor, su nombre. – Origen de las acciones personales. – Acciones que nacen de la equidad [3]. – Id. de la ley [4]. – División de los hechos obligatorios, de las convenciones, de los pactos. Si los pactos nudos producían acción. – Cuál producen hoy. – Pactos no nudos, sus especies. – Qué se entiende por pactos legítimos, cuáles son, acción que nace de cada uno de ellos. – División de los contratos, de los verdaderos, de los nominados. – Acciones que nacen de los [5] reales. – De los verbales. – De los literales. – De los consensuales. – De los innominados. – De los cuasi-contratos. – División de los delitos, de los

[1] 1843 no figura esta frase: Reglas para saber a quién pertenece una cosa que ha sido vendida a dos o más. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[2] 1843 dice: Acción rescisoria, casos en que tenía lugar por derecho propio. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[3] 1843 dice: Acciones que nacen de la equidad: *ad exhibendum, quod metus causa, doli mali, condictio ex lege*. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[4] 1843 agrega: Id. de la ley. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[5] 1843 agrega: contratos. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

verdaderos. – Acciones que nacen de los privados. – De los cuasi-delitos. – División de las acciones en persecutorias de cosa, de pena y mixtas. – Definición de las persecutorias de cosa, y su enumeración. – De las penales. – De las mixtas. – Otra división de las acciones en acciones *in simplum, in duplum, in triplum, in cuadruplum.* – Enumeración de las acciones que corresponden a cada una de estas clasificaciones. – Cuarta división de las mismas en acciones de derecho estricto, de buena fe y arbitrarias. – Definición y enumeración de cada una de ellas. – Cualidades peculiares de la acción *ex stipulatu* de dote. – Diferencia entre las acciones de buena fe y las de derecho estricto. – Entre las arbitrarias y las de derecho estricto, y entre las arbitrarias y las de buena fe. – Qué sucede cuando pedimos menos de lo que se nos debe, o una cosa en lugar de otra. – De cuántos modos puede ser la plus-petición. – Sus efectos por derecho antiguo. – Por el nuevo. – Casos en que conseguimos menos de lo que se nos debe [1]. – En qué consiste el beneficio de competencia, y quiénes gozan de él.

Título VII

De los negocios hechos con los que se hallan bajo potestad [2]

Acción *quod jussu,* casos en que tiene lugar. – Acción ejercitoria, cuándo corresponde, a quiénes y contra quiénes. – Acción institoria. – Observaciones sobre estas dos acciones. – Acción de peculio. – Tributoria. – *De in rem verso.* – Disposición del senadoconsulto Macedoniano. – Causa de su introducción. – Casos en que tiene lugar.

Título VIII

De las acciones noxales

Si por delito o cuasi-delito del hijo o siervo queda obligado el padre o amo. – Qué es *noxa.* – Carácter de la acción noxal. – A quién corresponde, contra quién. – Cuándo cesa esta acción. – Cómo debe procederse en caso de delito o cuasi-delito del hijo.

Título IX

Del daño hecho por animales

Qué se entiende por *pauperies.* – Requisito para que pueda reclamarse el daño hecho por un animal. – Qué acción corresponde si el animal provocado hace daño, o lo hace conforme a su naturaleza. – Qué se pide por la acción de pauperies. – Cuándo tiene lugar la directa y cuándo la útil.

[1] 1843 agrega: Acción de peculio y de compensación. (Comisión Editora. Caracas).

[2] 1843 suprime: Con los que se hallan bajo potestad. (Comisión Editora. Caracas).

Título X

Por quiénes podemos obrar en juicio

Si eran[1] admitidos antes los procuradores. – Por qué no lo eran. – Causa de su introducción. – Qué es procurador. – Quiénes pueden nombrarlos. – Quiénes pueden serlo. – En qué causas se admiten. – Cómo termina su oficio.

Título XI

De las cauciones judiciales

Cauciones que pueden darse los litigantes, y cuándo tiene lugar cada una de ellas. – Caución que daba antiguamente el reo y la que da hoy. – Qué afianza el actor. – Cuándo afianza el procurador del reo. – El del actor. – Práctica del día sobre fianza del actor, del reo, de los procuradores.

Título XII

De las acciones perpetuas y temporales, y de las que pasan a y contra los herederos[2]

Qué son acciones perpetuas y qué temporales. – Término en que prescriben las acciones reales que nacen del dominio. – Las que nacen de la servidumbre. – De la prenda. – De la herencia. – Cuándo expira la acción *quod metus causa.* – En qué tiempo prescriben las acciones personales reipersecutorias. – Excepciones. – Tiempo que duran las acciones penales. – Excepciones. – En cuánto tiempo prescriben las acciones criminales. – Excepciones. – Acciones que se dan a los herederos y contra los herederos.

Título XIII

De las excepciones

Qué es excepción. – Su división en civiles y pretorias. – Qué es excepción perpetua y perentoria, temporal o dilatoria. – Otro sentido de las expresiones excepción perpetua y excepción temporal. – Qué son excepciones *in rem* y qué *in personam.* – Cuándo deben oponerse las excepciones dilatorias. – Las perentorias.

[1] 1843 dice: creen (Comisión Editora. Caracas).

[2] 1843 suprime: y temporales, y de las que pasan a y contra los herederos. (Comisión Editora. Caracas).

TÍTULO XIV

De las replicaciones

Qué es replicación y duplicación. – Oficio del juez después de la duplicación. – A quién corresponde la última alegación.

TÍTULO XV

De los interdictos

Ventajas de la posesión. – Qué son interdictos, y por qué se introdujeron. – Qué es posesión. – En qué consiste la natural, en qué la civil: por cuál de ellas se dan los interdictos. – Primera división de ellos. – Segunda división. – A quién corresponde el interdicto *quorum bonorum*. – En qué difiere de la petición de herencia[1]. – Objeto del interdicto *quod legatorum*. – Casos en que tiene lugar el salviano. – El cuasi-salviano. – En qué difieren de las acciones serviana y cuasi-serviana. – Explicación de los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*. – A quién, contra quién y en qué caso se da el interdicto *unde vi*. – Acción de despojo. – Ventajas que tiene sobre el interdicto anterior. – Tercera división de los interdictos en simples y dobles. – Cualidades comunes a todos los interdictos. – Diferencias entre los interdictos sumarios y los ordinarios.

TÍTULO XVI

De la pena de los litigantes temerarios [2]

Medios de reprimir la temeridad de los litigantes. – Juramento de calumnia, su división. – Quiénes prestan el general. – Bajo qué pena. – A qué personas no puede exigirse. – Casos en que tiene lugar el especial. – Pena pecuniaria, cuándo se aplica. – Qué acciones infaman al condenado por ellas.

TÍTULO XVII

Del oficio del juez

Diferencia que había entre magistrado y juez. – Qué correspondía a los primeros, qué a los segundos. – Qué son juicios extraordinarios. – Definición de la jurisdicción. – División del imperio en mero y mixto.

[1] 1843 dice: esencia. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).
[2] 1843 suprime: de los litigantes temerarios. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

– Cuál de los dos acompaña a la jurisdicción. – División de ésta en voluntaria y contenciosa, y su definición. – Otra división de la misma en ordinaria y extraordinaria, y su diferencia. – Tercera división de la jurisdicción en propia, delegada y prorrogada. – De cuántos modos puede prorrogarse. – Modo actual de proceder en los juicios. – Oficio noble y mercenario del juez. – Diferencia entre jueces y árbitros. – Entre meros árbitros y arbitradores. – Si es conocida esta distinción en derecho romano. – A qué debe arreglarse el juez en el pronunciamiento de la sentencia. – En los juicios noxales a qué debe condenarse al dueño. – Id. en los juicios reales cuando se juzga contra el demandante, contra el poseedor o demandado. – Cómo debe hacerse la condenación cuando lo que se pide es una herencia. – Cuándo se concede plazo y cuándo no en las acciones personales para la ejecución de la sentencia. – En el caso de la acción *ad exhibendum* cómo debe hacerse la exhibición. – Obligación del juez en la acción *familiae erciscundae*. – En el juicio *communi dividundo*. – En el de *finium regundorum*. – Diferencia entre los juicios dobles y los demás juicios en cuanto a la traslación de dominio de la cosa litigada.

Título XVIII

De los juicios públicos

Quiénes conocían en Roma de los delitos públicos. – Diferencia entre éstos y los privados. – Qué penas eran capitales, cuáles no. – Leyes que existen sobre juicios públicos. – Delitos a que es aplicable la ley Julia *majestatis*. – Singularidades de este juicio. – Pena del delito que se conoce en él. – Delitos que comprende la ley Julia de *adulteriis*: quién comete adulterio. – Pena de este delito. – Facultad del padre y del marido de la adúltera. – Venus nefanda, su pena. – Incesto, pena según su gravedad. – Estupro, variedad de penas según las circunstancias. – Lenocinio, su castigo. – Delito de que habla la ley Cornelia de *sicariis*, y pena que les impone. – Ley Pompeya de *parricidiis*: delitos y penas. – Delitos que se castigan por la ley Cornelia *de falsis*. – Por la ley Julia de *de vi pública*. – Por la ley Julia de *peculatu et sacrilegio*. – Por la ley Fabia *de plagiariis*. – Por la ley Julia *repetundarum* de *ambitu*, de *annona*, *de residuis*.

III

PRINCIPIOS DEL DERECHO ROMANO SEGÚN EL ORDEN DE LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO

PROEMIO

5 *

El derecho positivo de un pueblo resulta de ciertos hechos reales, en que se manifiesta la voluntad colectiva del pueblo, reunido en sociedad civil y Estado, relativamente a lo que ha de valer como regla que dirija los actos de los asociados. La voluntad general se expresa de dos modos; y las *fuentes históricas del derecho* son, por consiguiente, de dos especies.

La voluntad colectiva puede expresarse en forma de *leyes;* y esto es lo que sucede cuando la autoridad constitucional encargada del poder legislativo, obrando como el órgano jurídico del pueblo, intima una regla, y ordena que todos los miembros del Estado, o aquellos a quienes especialmente concierne, la reconozcan en adelante y conformen a ella sus actos.

Pero la voluntad colectiva del pueblo en cuanto a lo que ha de valer como regla jurídica, puede manifestarse en el pueblo mismo inmediatamente, sin la intervención del órgano legislativo. Así sucede cuando, sin ley preexistente que

* Aquí empieza el manuscrito del *Proemio* del que faltan las hojas correspondientes a los primeros cuatro artículos. Aparece sólo un fragmento de la parte final del número 4, que damos a continuación.

"... ideal, tendremos entonces la *filosofía de nuestro derecho positivo.* Fuera del interés general que nos ofrece este punto de vista filosófico, por el enlace que tiene con los más altos objetos de la existencia humana, hallamos en él una utilidad preciosa para la vida práctica, porque sólo la filosofía puede abrir y allanar el camino hacia la forma definitiva del derecho en que consiste su perfección posible". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

prescriba una relación de derecho, la convicción acerca de la existencia de ésta es de tal modo profunda y general en el pueblo, que se produce a lo exterior por actos inequívocos, voluntariamente ejecutados. La regla a que se sujetan entonces los hombres se llama *costumbre*. Pero es preciso no perder de vista que la fuerza obligatoria de la costumbre no nace de su observancia anterior, por general, uniforme y antigua que haya sido, sino de la convicción que reina acerca de la materia en el pueblo, o en las clases a que especialmente concierne; convicción de que la práctica anterior no es más que un medio de prueba.

La voluntad general expresada del primer modo forma el *derecho escrito* de un pueblo (*jus scriptum*): expresada del segundo modo constituye el derecho *consuetudinario* (*mores, consuetudo, jus non scriptum*). Uno y otro descansan pues igualmente sobre la voluntad general (*civium voluntas, omnium consensus*), y producen por lo consiguiente iguales efectos.

La *ley*, en un sentido general es el derecho mismo; cada una de las disposiciones que lo determinan es también una *ley*; y la costumbre, no menos que los preceptos promulgados por el órgano legislativo, hace leyes, las modifica y las deroga. Pero se da más propiamente el nombre de *leyes* a las disposiciones promulgadas por el órgano constitucional competente.

La base original de todo derecho es la costumbre. Cuanto más informe es el Estado, y menos perfecta la organización legislativa, tanto más vasto es el campo en que la costumbre domina. Al principio la ley promulgada no hace más que prestar su auxilio, donde el derecho consuetudinario no se basta a sí mismo, o amenaza tomar una dirección torcida; pues aunque no haya de presumirse fácilmente que una regla perniciosa reciba jamás de la voluntad general el carácter de verdadera ley, pudiéramos atribuir alguna vez este carácter a apariencias falaces producidas por ilusiones pasajeras. Poco a poco el órgano legislativo extiende su esfera

de acción, observa la marcha del derecho consuetudinario, lo formula, lo modifica para que corresponda al verdadero fin de la sociedad y a las necesidades de cada época, y casi enteramente lo absorbe.

Además del derecho consuetudinario que es común a todo el pueblo, hay costumbres particulares, que se limitan a una parte del territorio, a una clase, a una corporación; y que son también obligatorias dentro de aquella clase, corporación o distrito.

6

Sucede también que un pueblo, perfeccionando su derecho positivo, se aprovecha de la experiencia de otros pueblos y toma del derecho que ellos observan lo que le conviene para mejorar el suyo; adopción que puede efectuar por medio de leyes promulgadas o de la mera costumbre, y cuya oportunidad depende de las circunstancias particulares en que nos encontramos.

7

Los Estados son entre sí como otros tantos individuos que la casualidad hubiese reunido, y que aplicasen a esta sociedad accidental sus anteriores ideas de derecho. Adaptando a sus relaciones mutuas sus leyes y costumbres peculiares, no por eso constituirían un verdadero derecho positivo. Sólo cuando exista entre ellos una comunidad de ideas como la que forma el derecho positivo de un pueblo, nacerá un derecho internacional, cual lo vemos entre los pueblos de Europa, por un efecto de su común origen, de la semejanza de sus instituciones políticas, y de sus creencias religiosas. Tal era también hasta cierto punto el *jus feciale* de los romanos.

Se puede pues considerar el derecho internacional como un derecho positivo, aunque imperfecto, porque sus reglas no están suficientemente determinadas, y principalmente

porque le falta aquella base sobre que reposa el derecho positivo de cada pueblo, un poder supremo que lo haga reconocer y observar (a).

8

Encontramos en los jurisconsultos romanos dos divisiones del derecho objetivo, considerado en su origen.

Unas veces lo dividen en derecho privativo de los romanos (*jus civile*) y derecho fundado en la razón natural y observado en todos los pueblos (*jus naturale* o *jus gentium*).

Otras veces lo refieren a tres fuentes originales; porque o nace de las instituciones peculiares de los romanos (*jus civile*), o de la recta razón, comprobada por la práctica universal de los pueblos (*jus gentium*), o de los instintos comunes a la especie humana y a los brutos (*jus naturale, jus naturae*).

La primera de estas divisiones debe mirarse no sólo como la verdadera y racional, sino como la dominante en la jurisprudencia romana. La segunda no era generalmente admitida ni tuvo influencia alguna en las doctrinas del derecho. Varios textos de Cayo exponen del modo más explícito la división bipartita: *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur;* (*Caj. I,* § 1; *l. 9 de just. et jure.* Véase todo este § o ley; y además *Caj. I,* § 158 y 189; *II,* § 65, 66, 69, 73, 79; *l.* 1 *princ. de acquir. rer. dom.*, y *l.* 2 *de superfic.*).

Modestino tampoco reconoce más que dos derechos, el civil y el natural, (*l.* 4 § 2 grad.). Lo mismo Paulo, (*l.* 11 de *just. et jure, l.* 14 § 2 *de ritu nupt.*). Marciano, Florentino y Licinio Rufino emplean indiferentemente y como sinónimas las expresiones *jus naturale* y *jus gentium* (*l.* 2, 3, 4 *de divisione rer.; l.* 59 *de oblig. et action.; l.* 32 *de reg. jur.*). Cicerón opone en general la naturaleza a la ley,

(a): MAREZOU, *Derecho privado de los romanos* (trad. franc. de Pellat), Introd. § 2 hasta 7; SAVIGNY, *Derecho Romano* (trad. franc. de Guenoux, Lib. I, cap. 2 § 4 hasta 15.

y emplea *natura* y *jus gentium* como de igual significación, (*De Offic.* III, 15).

La división tripartita se halla expresa en Ulpiano (*l.* 1 § 2, 3, 4; *l.* 4, *l.* 6 princ. *de just. et jure*). Adoptóla también Tryphonino (*l.* 64 *de condict. indeb.*).

Ha sido censurada, porque parecía dar a los animales el conocimiento del derecho; pero, aunque en términos que se pueden reprobar como impropios, ella no hace más que reconocer y reducir a una clase peculiar las obligaciones y derechos humanos que nacen de instintos comunes al hombre y a los brutos, como la propagación, la educación de la prole, y la defensa propia. Lo cierto es que Ulpiano mismo admite que el derecho no puede jamás considerarse como quebrantado por un animal (*l.* 1 § 3 *si quadr. pauper.*); y es probable que lo que condujo a la división tripartita fue la existencia de instituciones que se encontraban en todos los pueblos y no se derivaban de la naturaleza o recta razón, antes alguna vez la contrariaban. La primera idea de un *jus gentium* distinto del natural la sugirió quizás la esclavitud: *Servitus autem est constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur* (§ 2 *Inst. de jure pers.*; *l.* 4 § 1 *de statu hom.*). Como quiera que sea, la división tripartita carece de toda influencia en la clasificación de las reglas, al paso que vemos a menudo contraponerse en ellas como dos miembros de una división completa el derecho civil al de gentes (*pr. Inst. de nupt.*; § 1 *Inst. de leg. agn. tut.*; *l.* 2 § 4 *de grad.*; *l.* 53 *de acquir. rer. dom.*; *l.* 50 *ad leg. Aquil.*; *l.* 84 § 1 *de R. J.*; *l.* 17, 47 *de condict. indeb.*; y los textos siguientes de Ulpiano, *l.* 17 § 1 *de adopt.*; *l.* 3 § 15 *ad exhib.*; *l.* 1 § 9, 10 *de vi*; *l.* 6 § 2, *l.* 8 § 3 *de fidej.*; *l.* 15 *de oblig. et act.*; *l.* 46 *de compens.*; *l.* 10 *de V. S.*; *l.* 1 § 7 *de pet. const.*) [1].

[1] En otra redacción manuscrita termina con el siguiente párrafo:
"Hoy es común llamar *derecho de gentes* al internacional, que, en cuanto se deriva de la recta razón, es sólo una parte del *jus gentium* de los romanos, y en cuanto ha nacido de la costumbre actual o de los pactos es esencialmente distinto, aunque en algunas materias concuerden". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

9

Otra división importante del derecho objetivo es la que se funda en el[1] [doble carácter que presentan las reglas de derecho. Unas mandan de manera necesaria e invariable sin dejar sitio a las voluntades individuales. Tales reglas se denominan absolutas o imperativas. Su carácter de necesidad puede depender o del propio organismo del derecho, o de los intereses políticos, o en fin de la moral. Otras, por el contrario, dejan libre campo a las voluntades individuales y sólo cuando éstas han dejado de manifestarse, se presenta la regla para determinar la relación de derecho. Tales reglas destinadas a suplir la expresión incompleta de las voluntades individuales, se denominan derecho supletorio. Esta distinción ha sido formalmente reconocida por los jurisconsultos romanos, quienes para designar la primera clase de reglas usan ordinariamente las siguientes expresiones: *jus publicum, jus , jus commune, juris forma.* También indican frecuentemente el motivo de dichas reglas absolutas: el interés del estado, o las buenas costumbres. En cuanto a las reglas de la segunda especie, cuya naturaleza está determinada principalmente por su oposición a las de la primera, ellos no las designan con términos tan precisos. Los autores modernos reproducen la misma idea, al decir que la ley manda, prohibe o permite; pero yerran cuando no emplean estas clasificaciones sino para las leyes, puesto que ellas no ata]ñen solamente al derecho promulgado sino a la costumbre; además, la distinción entre las leyes que mandan y las que prohiben mira sólo a la forma imperativa o negativa empleada por el legislador, la cual es de suyo indiferente; y en fin, no es exacto decir que la ley permite, sino que suple a una volun-

[1] Aquí se interrumpe el manuscrito, pues la continuación del texto corresponde a un medio folio perdido. En esta parte, Bello sigue muy de cerca a Savigny *Traité de Droit Romain,* en la traducción francesa de Guenoux (Chap. II, § XVI, edición de París, 1855), por lo que es posible completar el texto. Lo añadido por nosotros va entre corchetes [ ]. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

tad incompleta. La permisión supone una prohibición precedente, que la ley remueve o restringe.

Es necesario notar aquí que *jus publicum* puede significar varias cosas: primeramente, el derecho público, o las reglas de derecho que conciernen al pueblo en general, que es el significado en que lo hemos considerado en el anterior título [1]; en segundo lugar, el derecho objetivo, fundado en el consentimiento del pueblo; y en fin las reglas del derecho privado, fundadas en motivos de interés o utilidad pública, y que no puedan alterarse por las voluntades individuales; que es el sentido de que ahora tratamos; el cual se aplica no sólo al derecho objetivo sino al subjetivo; y en esta acepción se llama *jus publicum* el derecho de todos al uso de los ríos y de los caminos, y *publica jura* los derechos de los senadores como tales, y los de cada ciudadano como miembro de la asamblea popular.

10

Las reglas jurídicas difieren también por la naturaleza de su origen; porque o salen del derecho propiamente dicho (*jus* o *aequitas*), o son elementos extraños que, introducidos en él, alteran su pureza y congruencia y militan *contra rationem juris*. (*l.* 14, 15, 16 *de legib.*; *l.* 141 *pr. de R. J.*). Las primeras constituyen el derecho *normal*, y las segundas el derecho *anómalo*, según la nomenclatura de Savigny. El normal lo designan alguna vez los romanos con la expresión *jus commune* (*l.* 15 *de vulg. et pup.*), o *jus vulgatum* (*l.* 32 § 24 *de donat. inter vir. et ux.)*, por oposición al *anómalo*, que llamaban *jus singulare; quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*, según la definición de Paulo (*l.* 16 *de legib.*). Lo más frecuente es llamarlo *privilegium*, como el del testa-

[1] La referencia al "anterior título", revela que Bello había preparado este texto para *Comentario* a la traducción de Heineccio. Después lo incorporó al *Proemio*, sin darle redacción definitiva. (Comisión Editora. Caracas).

mento militar (*l.* 15 *de vulg. et pup.*), la exención de tutelas concedida a ciertas personas (*l.* 30 § 2 *de excus.*), etc. Pero no debe confundirse esta especie de privilegios con aquellos *quae ad exemplum non trahuntur,* que en el derecho romano se llaman *personales constitutiones, privata privilegia.* Desígnase también este derecho por las expresiones *benigne receptum* (*l.* 34 *pr. mandati*), y *jus constitutum* (*l.* 25 *cod.*); bien que con esta última se alude alguna vez a las constituciones imperiales (*l.* 1 § 2 *quae sentent.*).

El *jus singulare* es un derecho puramente positivo, creado de ordinario por el legislador *(auctoritate constituentium);* pero hay casos en que proviene de antiguas costumbres nacionales, como la prohibición de las donaciones entre marido y mujer; (*l.* 1 *de donat. inter v. et ux.*).

Aunque el derecho anómalo es al normal como la excepción a la regla no toda excepción es un derecho anómalo, sino aquellas que nacen de un principio extraño al organismo jurídico (a).

11

Hemos visto (§ 5), que las fuentes históricas, los hechos de que nace el derecho son dos, la ley y la costumbre.

Estos hechos, considerados en su origen, se refieren a dos fuentes más altas, el derecho civil, y el derecho de gentes; que podemos distinguir con el título de *fuentes originales* (§ 8).

Ahora vamos a ver las fuentes históricas especiales del derecho romano; los medios particulares externos, por los cuales se dio a conocer.

El gobierno de Roma fue primitivamente monárquico; pero el Senado y el pueblo participaban del poder; y no sólo tocaba al pueblo la elección del rey, sino la sanción de las leyes y acaso también la suprema autoridad judicial. El sép-

(a) SAVIGNY, *D. R.*, lib. I, cap. 2. § 16.

ESPLICACIONES

DE

DERECHO ROMANO

ARREGLADAS AL ESTUDIO DEL RAMO EN LA SECCION UNIVERSITARIA.

TERCERA EDICION:
Notablemente aumentada i correjida

Santiago:
LIBRERIA CENTRAL DE MARIANO SERVAT
ESQUINA DE HUÉRFANOS I AHUMADA

1885

Facsímil de la portada de la edición de 1885, de las *Explicaciones de Derecho Romano*. Es la tercera edición.

timo rey fue desterrado con su familia, se abolió para siempre la monarquía, y en lugar del *rex* se establecieron dos *consules,* magistrados anuales sacados del orden de los patricios y elegidos también por el pueblo. Esta nueva constitución llamada *libera republica* era con todo una aristocracia opresiva.

En la formación de la ley se distinguen dos partes; la iniciativa o presentación del proyecto, y el acto que acepta el proyecto y lo convierte en ley. El pueblo no tuvo jamás la iniciativa: los ciudadanos reunidos en *comicios* o junta popular votaban sobre el proyecto que se les proponía por un magistrado; es a saber, por el rey durante la monarquía, o por uno de los magistrados superiores en la república libre. La presentación del proyecto se llamaba *rogatio* por la fórmula de que el magistrado se valía para proponerlo al pueblo: *Rogo vos, Quirites velitis jubeatis,* "Ruégoos, ciudadanos romanos, que queráis y ordenéis". La mayoría que creaba la ley no era la de los sufragios individuales; el voto de cada ciudadano concurría a formar el de la curia, centuria o tribu a que pertenecía; y después no se contaban en pro o en contra el proyecto, sino los sufragios colectivos de las curias, centurias o tribus, según la forma de los comicios en que se juntaba el pueblo para expresar su voluntad.

Roma fue al principio dividida en tres tribus, y cada tribu en diez curias; el número de las tribus llegó después a treinta y cinco, entre urbanas y rústicas; el de las treinta curias permaneció invariable.

En los primeros tiempos de Roma el pueblo votaba en curias; división que parece haber consultado mejor la igualdad de los ciudadanos, pues a cada curia concurrían promiscuamente patricios y plebeyos, ricos y pobres. En esta forma antigua de comicios (*comitia curiata,* llamados también *calata,* de *calare,* llamar, convocar), se establecían a propuestas del rey las leyes *curiadas* o *regias,* unas recopiladas durante la monarquía por Sexto Papirio, a cuya colección se dio el título de *jus papirianum.*

El rey Servio Tulio estableció una división nueva de los ciudadanos romanos, distribuyéndolos, según la cuantía de bienes de que habían hechos declaración en las tablas del censo, en seis clases, que formaban, entre todas, 193 centurias, de las cuales pertenecían a la clase más rica, la primera de todas, no menos que 98; al paso que la última clase, compuesta de los ciudadanos más pobres, y en especial de los proletarios, que llevaban a las tablas del censo un nombre sin bienes algunos, formaba una sola centuria, y no tenía más que un voto entre los ciento noventa y tres del pueblo. Así se votaba en los comicios centuriados la ley *(lex)* propiamente dicha, llamada también *populiscito,* porque a esta reunión de los ciudadanos, presididos por un dictador, un cónsul o un pretor (magistraturas senatorias, esto es, ejercidas necesariamente por senadores) era a la que se daba rigorosamente el nombre de pueblo *(populus)*. Cesó entonces el poder legislativo de las curias, limitadas ya a sancionar ciertos actos [1] con ceremonias religiosas en que intervenían los pontífices.

Eran pues las centurias la forma de comicios en que el pueblo expresaba su voluntad, durante la infancia de la república. El poder político estaba así en manos de los ricos exclusivamente, y por tanto, de los patricios. De aquí el descontento de los plebeyos; que lejos de ganar con la revolución, habían perdido en el rey *(roto el manuscrito)* la tiranía de las [2]

. . . . [có-]
digo que lo abrazase todo y que fuese accesible a todos.

Esta *lex* o *leges XII tabularum,* que Tito Livio llama *corpus omnis romani juris, fons publici privatique juris,* se presentan como un fenómeno único en la historia del derecho romano, porque hasta el tiempo de Justiniano ellas fueron el único cuerpo de leyes que abrazaba todo el derecho,

1 Aquí se interrumpe el manuscrito, pero lo completamos a base de una redacción tachada en el mismo folio. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

2 Falta medio folio. En el reverso continúa. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

y se consideraron como la base de todas las adiciones y modificaciones que en él se hicieron. Las leyes de las *Doce Tablas* no quedaron formalmente abolidas sino por las colecciones de Justiniano [1].

[12]

. . . .

república desde la promulgación de las Doce Tablas, fue cuando lograron los plebeyos, a costa de repetidos esfuerzos,

1 Aquí se interrumpe el manuscrito. Recogemos a continuación, por tratar el tema que queda trunco en el texto, las páginas iniciales del *Proemio* en hojas impresas. Esta parte no había sido incorporada por Bello en la nueva redacción del *Proemio,* y si lo fue, habrá sido en las hojas manuscritas que se han perdido.

"Las leyes romanas formaban en tiempo del emperador Justiniano una masa inmensa y heterogénea acumulada en el espacio de trece siglos, durante los cuales Roma, pequeña aldea a las orillas del Tíber, subió por grados a la dominación del mundo y pasó sucesivamente por todas las diversas formas de gobierno: monarquía constitucional en su infancia; aristocracia tiránica en su adolescencia; democracia templada por el influjo de la religión y de la nobleza en la edad de su mayor virtud y gloria; democracia tumultuosa destrozada por las facciones; y en fin, imperio despótico, que en el Occidente fue presa de los bárbaros, y en el Oriente conservó largo tiempo una sombra de poder y opulencia.

"Las trasformaciones del orden político, y el sucesivo incremento del poder y de la riqueza influyen sobre las costumbres, como las costumbres sobre el derecho civil, que es en todas partes, su imagen. El derecho de una nación, semejante a su lengua, no está nunca fijo, y su existencia es una serie continua de alteraciones y mudanzas. De aquí la necesidad de refundir de tiempo en tiempo la legislación escrita. La primera tentativa de esta especie fue la de las *Doce Tablas,* compilación confiada a una magistratura extraordinaria, compuesta de diez senadores llamados *Decénviros,* que incorporaron en ella las leyes vigentes y las usanzas patrias al lado de la constitución política. Generalmente se cree que para asegurar el acierto de la obra se enviaron tres comisionados a Atenas, que observasen las instituciones de la Grecia, y a su vuelta diesen cuenta de lo que les pareciese adaptable a la joven República. Pero aunque esta misión ultramarina parece un hecho histórico comprobado, si debemos estar, dice Niebuhr, a la relación entre las leyes civiles áticas y las de las Doce Tablas, es preciso creer o que en la noticia de este suceso se introdujo equivocadamente el nombre de Atenas, o que los comisionados no hallaron allí ninguna cosa que pudiese aplicarse a Roma: porque en todo lo que es esencial y característico relativamente a los derechos personales, a las formas de los actos legales y a los procedimientos judiciales, los dos códigos no ofrecen la menor semejanza entre sí, y en donde se columbra alguna, es o por la naturaleza de los objetos, que producía de suyo cierto viso de conformidad general, o por la preexistencia de algún grande y extenso principio de afinidad. Y este argumento milita no sólo contra Atenas, sino contra todas las otras repúblicas griegas, excepto las de Italia, cuya coincidencia con los romanos se explica por el influjo que sobre éstos y aquéllas ejercieron a la par las costumbres e instituciones de las razas nativas. Lo cierto es que Roma no se curó de imitar en *sus leyes civiles* ningún modelo extranjero. El pueblo sancionó las leyes de las Doce Tablas hacia el año 304 de Roma". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

que los plebiscitos o acuerdos de las tribus obligasen universalmente a todos. Así se estatuyó desde el año 305 en la ley Horacia, presentada al pueblo por el cónsul M. Horacio. Establecióse de nuevo lo mismo en 414 por la ley Publilia (propuesta por el dictador Publilio Filon; y definitivamente en 468 por la ley Hortensia (a propuesta del dictador Hortensio). Desde entonces los plebiscitos se llamaron leyes, y a los comicios de las tribus *(comitia tributa)* se dio frecuentemente el nombre de *populus,* como a la reunión por centurias (*centuriata comitia*), limitada casi enteramente a las elecciones de magistrados senatorios.

El Senado tenía el derecho de concurrir a la formación de las leyes, autorizando la iniciativa, o ratificando los acuerdos del pueblo. Esto daba al Senado una participación importante en el poder legislativo; pero fue despojado de ella en 414 por la ley Publilia, y en 467 por la que se promulgó a proposición del tribuno Menio; en que se ordenaba que el Senado autorizase anticipadamente lo que el pueblo mandase: *ut patres fierent auctores ejus rei quam populus jussurus esset.* De esta manera la concurrencia legislativa del Senado llegó a ser una fórmula vana.

13

Hemos dicho que las leyes de las Doce Tablas fueron la base del derecho civil hasta el tiempo de Justiniano. Pero los acuerdos del pueblo y la simple costumbre introdujeron en esta primitiva jurisprudencia grandes innovaciones, aun bajo los auspicios de la República. La práctica del antiguo derecho consistía, dice Savigny, en actos simbólicos, y formas rigorosamente determinadas. En su estudio y su aplicación se ocupaban los jurisconsultos, profesión altamente respetada. Sus primeros libros no tenían otro objeto. Bajo su custodia estaba la pureza original del derecho.

Extendiendo los romanos su dominación sobre toda la

Italia y más allá, preciso era que su carácter perdiese algo de su color primitivo; que un tinte más general hiciese desaparecer poco a poco su originalidad; y que el derecho siguiese también esta irresistible tendencia. Los romanos percibieron que las reglas de un derecho positivo no les eran tan exclusivamente propias, que no se encontrasen bajo formas equivalentes en otros pueblos civilizados; y que, por otra parte, aquel principio rigoroso que no permitía reconocer derecho alguno en los extranjeros *(peregrini)*, no podía ya observarse de un modo absoluto, hallándose Roma en relaciones de amistad y aun de comercio y vida común con tantos otros pueblos. Esto fue lo que sugirió la idea de un derecho universal, que en cuanto a ciertos principios generales y fundamentales se encontraba en todas partes, a lo menos según la experiencia de los romanos, y de que por consiguiente podían participar los peregrinos, administrándoseles justicia según él, [en] el imperio romano tanto en sus relaciones entre sí, como con los ciudadanos romanos. Admitióse además este derecho universal como un complemento necesario de las leyes y costumbres patrias; y al lado del antiguo derecho nacional, derecho de los ciudadanos *(jus civile)* se levantó un derecho nuevo, derecho de la especie humana, dimanado de la razón natural (*jus naturae, jus gentium*). Nacido de las comunicaciones con los extranjeros, no existió desde luego sino para éstos, y fue colocado en Roma bajo la autoridad de un pretor especial. Sucesivamente los gobernadores romanos lo aplicaron a sus provincias; pero en virtud de las modificaciones que el carácter de los romanos mismos experimentaba, su *jus civile* se fue asimilando poco a poco al *jus gentium;* y los edictos de los magistrados era lo que principalmente reglaba esta asimilación. En efecto, lo que contribuyó más al desarrollo del *jus gentium* fue la facultad de que gozaban los magistrados superiores encargados de la administración de justicia *(magistratus juri dicundo)* de publicar *edictos* u ordenanzas en que anunciaban las reglas a que se proponían sujetarse en el desempeño de sus funciones judi-

ciales. Estos magistrados eran en Roma los pretores; en especial, el pretor *urbano,* que tenía jurisdicción sobre los ciudadanos, y el *peregrino*, que la ejercía sobre los peregrinos, esto es, sobre los súbditos de Roma que no gozaban de la ciudadanía romana. Gozaban de igual facultad en Roma los ediles, pero sólo para cierta especie de causas *(ex certis causis)*, particularmente de comercio; y en las provincias los gobernadores *(proconsules, propraetores, praesides)*. De aquí los edictos pretorios, edilicios y provinciales. Así que, los jurisconsultos y los magistrados ejercían influencias contrarias sobre el derecho; los unos trabajaban en conservar lo antiguo, los otros en introducir con tiento y circunspección lo nuevo. De esta manera la ley de las Doce Tablas, y los edictos de los magistrados eran las principales fuentes del derecho cuando expiró la República.

Esta legislación anual tenía la inmensa ventaja de acomodarse gradualmente a los progresos de la civilización y de adaptarse a las costumbres, aplicando el antiguo derecho con las modificaciones que las nuevas ocurrencias y necesidades de tiempo en tiempo exigían. En ciertos puntos confirmaban el derecho antiguo; en otros evitaban su ejecución literal. No derogaban abiertamente a la ley, pero templaban su rigor, y precavían sus inconvenientes por medio de ficciones legales, cuya equidad y sabiduría tendremos bastantes ocasiones de apreciar. Gradualmente llegaron así a establecer reglas nuevas y a formar un derecho distinto, que robustecido por una larga práctica, dio a la legislación un carácter más equitativo y suave.

El *jus civile*, llamado por antonomasia *quiritarium* (derecho de los quirites), y de que no participaban ni los extranjeros ni los súbditos mismos de Roma, que no eran ciudadanos romanos, consistía, por lo tocante al *jus publicum,* en el *jus civitatis,* que además de la libertad personal con la exención de penas infames y con garantías peculiares contra la arbitrariedad de los magistrados, comprendía el derecho de sufragio en los comicios, el de la eligibilidad a

los cargos públicos, y el *jus sacrorum* o de los sacrificios y ceremonias sagradas, ya públicas a costa del erario, ya privadas, que pertenecían exclusivamente a ciertas familias.

Relativamente al derecho privado, pertenecía el *jus quiritarium*, el *connubium* o *jus connubiorum*, que no existía sino entre ciudadano y ciudadana, y aun eso no indistintamente, pues por mucho tiempo fue prohibido el matrimonio entre ciertas clases. Pertenecíanle asimismo la patria potestad y la agnación. Y en cuanto a los bienes abrazaba la usucapión, y ciertos actos, constitutivos de derechos y sujetos a solemnidades especiales o fórmulas rigorosas, como la mancipación, la *in jure cessio*, la testamentifacción, la *verborum* y la *litterarum obligatio*.

Estas instituciones existían, aunque bajo otra forma, en el *jus gentium*, y fueron reconocidas en ellas por las judicaturas romanas. Admitióse un matrimonio *juris gentium* tan válido como el matrimonio civil, bien que privado de algunos de sus efectos. Al lado de la agnación se admitía la *naturalis cognatio;* al lado de la propiedad *ex jure quiritium* la propiedad llamada *in bonis;* y al lado de las formas rigorosas de la estipulación (*spondes, spondeo*) formas menos estrictas accesibles a los que no eran romanos.

Algunas instituciones son comunes al *jus gentium* y al *jus civile*, como la venta, el arrendamiento, la sociedad, la reparación de perjuicios como consecuencia de un delito, y la tradición traslativa de propiedad, que según el derecho civil se aplicaba a las cosas *nec mancipi*.

El *jus gentium* estaba sometido a la influencia del derecho de los quirites. Si, por ejemplo, era prohibido en éste el matrimonio dentro de cierto grado de parentesco, el *jus gentium* no lo habría hecho lícito en Roma, aunque las leyes de un pueblo extranjero lo reconociesen como válido. A consecuencia del mismo principio los contratos prohibidos por el *jus civile*, como el préstamo usurario y las deudas de juego, jamás producían acción. En una palabra, el derecho quiri-

tario absoluto, fundado en el interés público y las buenas costumbres, prevalecía sobre el derecho de gentes (a).

Natural era que cada magistrado se aprovechase de la experiencia de sus predecesores y conservase las disposiciones que habían producido buenos efectos, insertándolas en su propio edicto. Formóse así un conjunto de reglas permanentes y tradicionales que se llamaron *edicta tralatitia,* a diferencia de las correctorias o adicionales (*nova edicta*). Su autoridad no podía menos de aumentarse con el tiempo, constituyendo así una nueva fuente de derecho, que era como un medio entre la ley o derecho escrito (porque originalmente se escribían en el *album* presentado a la vista del público), y la costumbre o derecho no escrito (puesto que consistía su fuerza en haber permanecido sin alteración en una larga serie de edictos).

14

Al principio los magistrados que habían promulgado un edicto podían alterarlo y derogarlo. La ley Cornelia les quitó esta facultad el año 687 de Roma. Desde entonces fue inmutable para cada magistrado el edicto que publicaba al principio de su magistratura anual; pero el magistrado que el año siguiente le sucedía no estaba obligado a observarlo; antes renovándolo ingería en él las adiciones y correcciones que juzgaba oportunas. Estos edictos que sólo podían renovarse una vez cada año se llamaron *perpetuos,* por oposición a los edictos *repentinos,* que antes sólo tenían una autoridad momentánea.

Mas cuando los edictos así trasmitidos, renovados, aumentados, corregidos, se hubieron acumulado durante cierto número de años, debió sentirse la necesidad de refundirlos incorporándolos en uno. Este trabajo fue ejecutado en tiempo de Adriano por un pretor célebre, Salvio Juliano, uno de

(a) Savigny, lib. I, cap. 3 § 22.

los primeros jurisconsultos romanos. Su edicto se llamó como los precedentes, *perpetuo,* pero en otro sentido, a lo menos según la opinión común. Preténdese, en efecto, que permaneció inmutable no sólo durante la pretura de su autor, sino para lo venidero, porque el emperador Adriano prohibió que se alterase. Es verdad que fue ratificado por un senadoconsulto, y que no se sabe haya recibido innovación alguna después de la pretura de Juliano; pero quitando a los pretores una parte tan importante de su antigua autoridad, se habría introducido una novedad considerable en la distribución de los poderes; de lo que no aparece el menor indicio en los textos. Es de creer que el edicto de Juliano se llamó *perpetuo* en el mismo sentido que los de sus predecesores, aunque el hecho permaneciese intacto.

Se llama derecho *pretorio* el que nació de los edictos de los pretores, y en general derecho *honorario* el que se deriva de la autoridad de los magistrados *qui honores gerunt* (que ejercen altos empleos), por oposición al derecho civil propiamente dicho, originado no sólo de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, y constituciones, sino de las respuestas de los prudentes; y de la costumbre.

Cuando llegaba a su perfecto desarrollo el *jus honorarium,* en el tercer período del derecho romano, principiado en Augusto y terminado en Constantino, nacieron otras dos fuentes de derecho, los senadoconsultos, y las constituciones imperiales.

15

Las facultades del Senado bajo la república eran principalmente administrativas. Despojado, al fin, de toda participación en la legislatura, excepto la que consistía puramente en su influjo moral, era en rigor un consejo de Estado. Mas habiendo crecido inmensamente el número de los ciudadanos, puesto que se extendió la ciudadanía romana no sólo a muchos particulares domiciliados a gran distancia de Roma,

sino a ciudades y naciones enteras, de las que Roma había sometido a su imperio, vino a ser imposible la reunión de una gran parte de los ciudadanos en el Foro o en el Campo Marcio, donde se celebraban los comicios; y de aquí tomaron ocasión los emperadores para suprimir poco a poco las asambleas populares, sustituyendo a ellas las deliberaciones del senado, que hizo entonces en la legislación un papel importante. La iniciativa pasó al príncipe: su proposición *(oratio principis)* era convertida en ley por el sufragio de los senadores, que, sin embargo, no hay ejemplo de que rechazaran jamás un proyecto imperial; y de aquí es que los jurisconsultos no hacen diferencia entre la proposición *(oratio)* y el senadoconsulto mismo. La iniciativa, con todo, no era tan peculiar del príncipe, que no la ejerciese a veces un mero senador y en especial un cónsul. De día en día fueron dejando los emperadores de consultar al senado, pero sin despojarle expresamente de la atribución legislativa. Aun en tiempos posteriores a Adriano conservaban algunos restos de ella, no sólo el Senado, sino el pueblo, que continuó largo tiempo deliberando sobre ciertas materias de interés privado, especialmente sobre las arrogaciones.

16

La voluntad del príncipe, aun sin la formalidad de la aprobación del Senado, tenía fuerza de ley (§ 6 *Inst. de Jure nat.; Caj.* I, 5); no se miraba pues la atribución legislativa de los emperadores como derivada de la del senado, sino como inherente al cargo supremo, de que los había revestido la ley, esto es, la voluntad del pueblo. Ulpiano (*l.* 1 *de constit. princip.*) asegura que por la *ley regia* el pueblo había transferido todo su poder al príncipe; de lo que pudiera colegirse que al establecerse el imperio se despojó el pueblo, una vez por todas, de la autoridad legislativa, pasando ella desde entonces de mano en mano a los sucesores de Augusto. Mas a esto se objeta: 1º que el pueblo no dejó de ejercer el poder

legislativo después de establecido el imperio; y 2º, que los emperadores tardaron largo tiempo en usar de él, si, como se dice, fue Adriano el primero que expidió constituciones. Parece pues que el pueblo no acordó jamás la pretendida ley regia.

Pero no es exacto que las primeras constituciones hayan sido de Adriano, pues aunque no las haya anteriores a este príncipe en el Código Justiniano, el Digesto, el Código, y las Instituciones de Justiniano y de Cayo mencionan varias de Trajano (*l.* 6 § 1 *de extr. crim.;* Caj. III, 72; § 4 *Inst. de succ. lib.; l.* 13 *pr. de jur. succ.*); Nerva (*l.* 4 *pr. ne de statu*), Domiciano (*l.* 2 § 1, *de cust.*); Vespaciano (*l.* 4 § 6, *de legation.; l.* 2, *C. de aedif. priv.*); Claudio (*l.* 2 *pr. ad sc. Vellej.; l.* 15 *pr. de leg. com. de fals; l.* 2 *qui sine manum.; l. un* § 3, *C. de lat. lib.;* Ulp. III, 6), y hasta del mismo Augusto (*l.* 2 *pr. ad sc. Vellej.; l.* 26 *de lib. ex posth; l.* 8 *pr. de quaestion*). Los emperadores tuvieron desde el principio la facultad de hacer leyes; pero sin que por eso dejase de ejercerla el pueblo por sí mismo en los comicios, o por medio del senado, que le representaba. El pueblo no cedió sino comunicó este poder a los príncipes, que después se lo arrogaron exclusivamente. En cuanto a la *ley regia,* se designaron probablemente con esta denominación colectiva las que dieron a Octavio el título de Augusto, el sumo pontificado, la autoridad tribunicia, y todas las otras funciones que reunidas al mando supremo militar constituian bajo otro nombre una verdadera dictadura; concesión que renovada a cada nuevo reinado, dejó al fin de serlo expresamente, aunque siempre se miró como la fuente de la autoridad imperial.

Llámanse propiamente constituciones los rescriptos, los decretos, los mandatos y los edictos imperiales.

Los rescriptos eran decisiones del príncipe sobre cuestiones particulares sin conocimiento de causa, intimando a los magistrados las reglas a que debían ajustarse en ciertas hipótesis cuya realidad tocaba a ellos averiguar. El sentido literal

de *rescriptum* era respuesta por escrito; que si se ponía al margen del pedimento se llamaba *adnotatio, sub-scriptis;* si en carta separada *epistola;* si en instrumento solemne (cuya forma ignoramos) *pragmatica sanctio.* Los rescriptos que tenían fuerza de ley eran aquellos que fijaban reglas nuevas para conocimiento de todos, pero aun los que se ceñían a especies concretas, eran de mucha autoridad en la jurisprudencia.

Los decretos eran sentencias interlocutorias o definitivas, pronunciadas por el emperador entre partes, con conocimiento de causa. Aplicábanse, pues, a especies particulares, y las reglas de derecho contenidas en su parte dispositiva no tenían fuerza de ley para lo venidero; bien que gozaban de grande autoridad, y dieron a veces ocasión a los juriconsultos para establecer principios nuevos. Justiniano fue el primero que estableció que las reglas de derecho expuestas en las Sentencias *definitivas* de los emperadores (no en las interlocutorias), se mirasen como leyes para todos los casos de la misma especie (*l.* 3 *et* 12 *pr.*, C, *de legib.*).

Los mandatos eran instrucciones dadas por el príncipe a los magistrados superiores para el ejercicio de sus respectivas funciones.

Los edictos, en fin, eran verdaderas leyes, disposiciones generales promulgadas por el emperador *motu proprio* para que sirviesen de reglas en adelante.

Pero sucede también que los príncipes estatuyen para casos particulares, imponiendo un castigo extraordinario o concediendo una gracia, y estas constituciones se llaman *privilegios, quasi privae leges,* leyes privadas, por oposición a las que establecen reglas generales.

17

Desde el segundo período de la legislación romana empezaron a aumentarse los materiales del derecho, sobre todo por la alianza del *jus gentium* con el *jus civile,* y se sintió

vivamente la necesidad de desenvolverlos, armonizarlos y completarlos por la interpretación. Hubo en consecuencia una clase de hombres que se consagraba al estudio del derecho, y que para granjearse la buena voluntad de sus conciudadanos proporcionaban el auxilio de sus conocimientos a todos aquellos que los consultaban; por lo cual se les dio el título de *juris consulti, jure consulti, juris prudentes, consulti, prudentes.*

Es preciso no confundir esta interpretación de los jurisconsultos, que desenvolviendo el derecho, según su tendencia y espíritu, formulaban en realidad reglas nuevas, con aquella interpretación rigorosa, que se reduce a exponer desnudamente el contenido de la ley. Los jurisconsultos romanos, empleando aquella especie de interpretación amplia y científica, expresaban opiniones que en sí mismas no tenían valor legal, pero que confirmándose por la práctica sucesiva, y radicándose en la convicción general, formaban al fin una especie de derecho no escrito.

Pero generalizado el cultivo de la jurisprudencia, al mismo tiempo que se había hecho más difícil su ejercicio, pareció conveniente que no todos, como antes, pudiesen *publice de jure respondere,* sino aquellos solos que hubiesen recibido para ello una autorización especial del príncipe. Augusto lo determinó así, y se formó una clase particular de *jurisconsultos* o *prudentes,* a quienes era concedido *jure respondere,* que era en cierto modo *jura condere.*

Adriano estableció que los dictámenes de estos jurisconsultos, expresados por escrito y sellados, tuviesen fuerza de ley, si eran unánimes, y fuesen formalmente obligatorios para los jueces. Si los jurisconsultos privilegiados eran de diversas opiniones sobre un punto dado, debía el juez elegir entre ellas. Por este medio las *responsa prudentum* tomaron un carácter nuevo y casi legislativo. El derecho de responder libremente a las consultas de los particulares, que fue restituido por este Emperador a todo jurisconsulto que se creyese capaz de ejercerlo (*l.* 2 § 47, *de orig. juris*), no parece

que debe confundirse con el de aquellos a quienes el príncipe concedía encadenar la libertad de los jueces, lo cual era realmente *jura condere*. Para esto se requería, según hemos dicho, que estuviesen unánimes; condición que parece exigir un corto número de personas determinadas. Es verosímil que hubiese para cada juez un consejo consultivo, compuesto de jurisperitos elegidos por el príncipe; que a éstos solos fuese dado fijar el sentido de las leyes; y que los demás tuviesen solamente la facultad de dar su juicio en las consultas de los particulares, que es lo que Pomponio (en la ley citada), llama *populo respondere*.

Las interpretaciones de los jurisconsultos, adoptadas en la práctica del foro, formaron así una nueva fuente de derecho a que se dio en el sentido más estricto de todos la denominación de *jus civile*.

Jus civile era pues o todo el derecho positivo.

O especialmente el derecho privado.

O en un sentido más estricto, el derecho privativo de los romanos, contrapuesto al *jus gentium*.

O bajo otro punto de vista, toda aquella parte del derecho privado, que no emanaba del honorario.

O en el sentido más estricto de todos, el que constituia las respuestas de los jurisconsultos; especie de derecho no escrito: *quod sine scripto* (sin promulgación expresa) *in sola prudentum interpretatione consistit* (*l.* 2 § 5, 12, *de R. J.*).

De lo dicho resulta que el *jus honorarium* y las *responsa prudentum* eran formas particulares del derecho consuetudinario; el *jus honorarium* era un derecho consuetudinario que se desenvolvía bajo la inspección y dirección de los magistrados; las *responsa prudentum* era un derecho consuetudinario formulado y en cierto modo creado por los jurisconsultos. Pero además se formaron nuevas reglas de derecho consuetudinario; ya por los pronunciamientos judiciales precedentes (*prae judicia, rerum similiter judicatorum auctoritas*), en que a la verdad tenían grande influencia

los jurisconsultos; ya espontáneamente en el seno mismo del pueblo.

18

Bajo los emperadores los decretos del pueblo o del senado continuaron algún tiempo extendiendo o modificando el antiguo derecho civil; pero el edicto pretorio ocupaba de día en día más lugar en él. Varias circunstancias concurrían a ello. Un hecho salta a los ojos cuando se recorre la larga y móvil historia del derecho romano desde las Doce Tablas hasta Justiniano; y es la marcha inversa de las leyes privadas y de las instituciones políticas, perfeccionándose aquéllas mientras éstas se alteran y degradan. A medida que el derecho público desaparece, el derecho privado se hace más equitativo, y las garantías que dejan de proteger la vida pública, rodean y defienden al hombre en el hogar doméstico. El derecho primitivo de Roma, tan duro, tan opresivo para todo lo que no era ciudadano romano, ve desterradas poco a poco sus ficciones legales por las sanas nociones de la equidad natural. El derecho quiritario, aquel derecho tan convencional de Roma, cae con la República, como la dignidad del ciudadano, y se pierde de vista bajo el nivel del imperio. La patria potestad, el dominio del amo sobre el esclavo, se humanizan gradualmente; el derecho de ciudad, de que antes era Roma tan mezquina, se extiende a medida que los derechos del ciudadano se menoscaban, y luego que dejan éstos de tener un valor real, se prodiga a todos. A las ficciones de la agnación civil sucede la cognación natural. La verdad y la equidad entran en los códigos, al paso que la libertad sale de ellos; y el cristianismo, emancipación moral del hombre, completa la mejora que habían comenzado las leyes.

Además, de tal modo se había desviado el derecho de su forma primitiva, que era necesario grande arte para reducir aquella multitud de fuentes heterogéneas a los resulta-

dos simples que requiere la práctica. Como los pretores y jueces no podían ya beber directamente en las fuentes, se veían precisados a valerse de trabajos científicos. El ardor con que se cultivaba la ciencia en el seno de la nación, vino a satisfacer esta necesidad. El contacto de la Grecia vivificaba toda la literatura romana, y de esta animación participó la jurisprudencia. Roma no tenía venero más rico que beneficiar, y no era posible que los ciudadanos dejasen de ocurrir a él. En tiempo de la República, la elocuencia y la jurisprudencia conducían con no menos seguridad que las armas al favor del pueblo y a la gloria. Pero la elocuencia, primera de las artes pacíficas en los días de la libertad, vio perecer con ella su lustre y su poder. De todas las partes de la vida pública el derecho civil era la sola en que la vieja Roma podía reconocerse a sí misma. Los corazones de los verdaderos romanos encontraban allí la patria. Todo se reunía pues para elevar la jurisprudencia a la altura en que la vemos en el segundo y tercer siglo de la era cristiana; altura a que no alcanzó jamás en otro pueblo ni en otro tiempo alguno. Pero esta superioridad solitaria no podía sostenerse en medio de la decadencia universal; el progreso y la vida cesaron para la jurisprudencia misma; y los jurisconsultos de aquella edad ilustre perpetuaron por esta circunstancia y por su propio mérito la autoridad de que gozaban, y de que sus sucesores no participaron. La dificultad de beber en las fuentes y la necesidad de recurrir a los escritos científicos de los últimos jurisconsultos célebres, se aumentaron con la esterilidad de las generaciones posteriores.

A las otras fuentes del derecho se juntaron entonces las constituciones de los emperadores, que al principio no eran más que rescriptos, esto es, respuestas o dictámenes sobre el derecho existente, dirigidos a magistrados o particulares, y por lo tanto semejantes a las respuestas de los jurisconsultos, aunque de más autoridad. Pero desde Constantino la legislación tomó un carácter nuevo: multiplicáronse los

edictos u ordenanzas imperiales, que a menudo innovaban, porque el imperio del cristianismo había hecho una revolución en las antiguas ideas. Estas nuevas fuentes del derecho tenían a lo menos la ventaja de comprenderse mejor y de poderse aplicar más fácilmente a las necesidades del momento; y a esto se agregaba que no presentaban el menor vestigio de aquellas trasformaciones científicas e ingeniosas que en el edicto del pretor hacían más difícil la aplicación del derecho antiguo.

He aquí pues cuáles eran las fuentes del derecho a principios del siglo v; en teoría, los antiguos decretos del pueblo, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados romanos, las constituciones de los emperadores y las usanzas no escritas. Las Doce Tablas eran todavía la base; todo se apoyaba en ellas, como complemento o modificación. Mas en la práctica, sólo regían las obras de los grandes jurisconsultos y las constituciones.

Unas y otras, con todo, ocasionaban dificultades. Mucho habían hecho sin duda los jurisconsultos poniendo las antiguas fuentes del derecho al alcance de un juez lego: Paulo y Ulpiano le enseñaban lo que de aquellas leyes subsistía y era aplicable al estado presente. ¿Pero qué medio había de fundir en una sola las doctrinas de tantos autores? Poseerlos todos o la mayor parte, cuando se vendían a tanto precio los manuscritos, hubiera sido dispendioso y difícil, y estudiar su espíritu en aquellos tiempos tenebrosos, imposible. Los grandes jurisconsultos discordaban no pocas veces; ¿cómo conciliarlos? He aquí embarazos, dudas, inconsecuencias, arbitrariedad en la administración de justicia.

La famosa constitución de Valentiniano III en 426 vino a remediar estos males. Limitada primero al Occidente, se insertó en el Código Teodosiano y se extendió así al Oriente. Ella dio fuerza de ley a todos los escritos de los cinco jurisconsultos, Papiniano, Paulo, Cayo, Ulpiano y Modestino, menos las notas de Ulpiano y Paulo a Papiniano. Los otros jurisconsultos no hacían ley, sino en cuanto su doctrina,

ingerida o comentada en las obras de aquellos cinco, formaba parte de ellas. Si los cinco no estaban acordes, se contaban los votos; en caso de empate, prevalecía Papiniano; y si éste no había tratado la materia, tocaba al juez decidir.

Las constituciones presentaban, aunque no en tanto grado, las mismas dificultades. Era imposible poseerlas y conocerlas todas. De aquí la necesidad de recopilarlas. Las primeras colecciones propiamente dichas, los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, de que sólo quedan fragmentos, fueron ordenados en tiempo de Constantino por dos jurisconsultos, que no se sabe bien si se llamaron como sus códigos, o Gregorio y Hermógenes. Mucho más importante fue el Código de Teodosio II, que llevaba la sanción de la autoridad imperial, de que carecían aquellas dos colecciones formadas por individuos particulares, y contenía los edictos imperiales promulgados desde el tiempo de Constantino. Compilado en Constantinopla, el año de 438, obtuvo fuerza de ley en ambos imperios. Pero presentáronse nuevas ocasiones de promulgar edictos, y el número de estas Novelas creció tanto, que a principios del siglo VI era ya necesaria una nueva recopilación.

El derecho romano, destinado al principio a los habitantes de Roma y sólo a ellos, permaneció reducido al recinto de aquella república largo tiempo. Sometidos los pueblos de Italia y hechos partícipes de la ciudadanía romana, desaparecían poco a poco las costumbres locales: la organización de Roma abrazó a la Italia toda, y sus leyes la dominaron. De la misma manera se fue extendiendo la legislación romana a los países extranjeros reunidos al imperio con el título de provincias. Mas no se crea, por eso, que el derecho nacional de cada país expirase bajo la conquista; todo lo contrario; subsistía, y el derecho romano regía sólo a los romanos que habitaban la provincia. Caracalla concedió la ciudadanía romana a todos los súbditos del imperio que no eran esclavos; pero ni aun esto dio al derecho de Roma una dominación exclusiva, sino cuando se hubo poco

a poco borrado el carácter nacional de cada pueblo; a lo que sin duda contribuyó el edicto de Caracalla. La trasformación fue tan completa, que en las Galias y la España, por ejemplo, todos adoptaron la lengua y las costumbres de los romanos; y aun los países que conservaron su lengua, como la Grecia, adoptaron el derecho de Roma, como la existencia sola de la legislación de Justiniano lo prueba irrefragablemente. Aun antes de Constantino el derecho romano era la ley de todas las provincias y de todos los súbditos del imperio.

Así, a principios del siglo VI, las verdaderas fuentes del derecho eran:

1º Los escritos de los jurisconsultos según las reglas dadas en la constitución de Valentiniano III.

2º Los rescriptos comprendidos en los Códigos Gregoriano y Hermogeniano.

3º El código de Teodosio II.

4º Las Novelas promulgadas después que este Código. Mas aun reducidas así las fuentes, no estaban al alcance de los hombres de aquellos tiempos. Sentíase la necesidad de una nueva reforma, y ésta fue la que para el imperio de Oriente emprendió Justiniano.

19

El primer trabajo emprendido por el Emperador Justiniano fue la compilación de un nuevo código que comprendiese los materiales de los tres últimamente referidos, y además las novelas o constituciones posteriores a la publicación del Teodosiano. Confirió este encargo a diez jurisconsultos, uno de ellos Triboniano, originario de Panfilia. Los compiladores fueron autorizados para modificar y cercenar todos estos materiales, dándoles la claridad posible, y evitando las contradicciones y repeticiones; lo que sin embargo no pudo lograrse por la precipitación con que se compuso la obra. El código *Justiniano* fue promulgado, bajo su forma pri-

mitiva, en 529. Consta de doce libros. Cada una de las constituciones comprendidas en él lleva el nombre del príncipe o príncipes que la dieron a luz. Una sola *(c.* 1 *de testam.)* sube al reinado de Adriano; no llegan a veinte las anteriores a Severo; y se cuentan más de doscientas de Diocleciano y Maximiano, que son casi tantas como las pertenecientes a todos sus predecesores. Así las disposiciones del Código son casi todas posteriores a la más bella edad de la jurisprudencia romana. Pero como no todos habían escrito con un mismo espíritu, era necesario elegir entre las opiniones diversas. Habíanse dividido desde el tiempo de Augusto en dos sectas o escuelas rivales, acaudilladas por célebres jurisconsultos, Labeón y Capitón. Cada una de éstas se subdividió en otras dos; la de Capitón en las de Sabino y Casio; la de Labeón en las de Próculo y Pégaso. En tiempo de Adriano empezaron a ser menos exclusivos los sistemas; la jurisprudencia se hizo ecléctica y se extinguieron las sectas. Conservábanse con todo en los antiguos escritos no pocos vestigios de la divergencia de opiniones; y debía principiarse fijando varios puntos que habían quedado indecisos. Tal fue el objeto de las *Cincuenta Decisiones* promulgadas por Justiniano en 530. Así se facilitó la operación, y se formaron bajo la dirección de Triboniano las *Pandectas* o *Digesto,* vasto y precioso depósito de la antigua jurisprudencia romana, promulgado en 533 por el emperador Justiniano.

Juliano, Celso, Marcelo y algunos otros habían formado Digestos (de *digerere,* digerir). Modestino había compuesto *Pandectas* (voz griega que significa colección universal). Triboniano al componer las suyas fue autorizado para alterar no sólo el texto de los jurisconsultos, sino el de las leyes citadas por éstos, acomodándolo todo a la jurisprudencia de su tiempo. Se le escaparon, sin embargo, repeticiones y contradicciones. Justiniano asegura que no existe antinomia alguna, y que con un examen atento desaparecen las que a primera vista se ofrecen. De aquí el prurito

de conciliarlo todo, que ha extraviado a ciertos comentadores, y les ha hecho buscar concordancias imposibles por medio de suposiciones divinatorias. Llegó la manía hasta el punto de forjar antinomias donde no las había, para tener la gloria de desatarlas. Es preciso confesar que, con todo el esmero de los compiladores, la diversidad de inspiraciones bajo las cuales se compusieron los materiales, ha dejado rastros indelebles en las *Pandectas* de Justiniano. Tan absurdo sería negar todas las antinomias, como injusto calificar de contradictorio todo aquello que a primera vista lo parece.

Los cincuenta libros de las *Pandectas* fueron distribuidos en siete partes, y a la cabeza de los extractos de que se componen, se indica siempre, además del autor, la obra particular de que han sido sacados [1].

20

Restaba el antiguo derecho fundado en el de las leyes de las Doce Tablas, ampliado y modificado por las leyes del pueblo, los plebiscitos, los edictos de los magistrados y los senadoconsultos, y cuyas disposiciones estaban todavía en vigor. Pero no se trató de recurrir a los textos legales, sino a las obras de los jurisconsultos más eminentes que las habían ilustrado. Pusiéronse... [2]

. . . .

21

Justiniano, al ordenar esta compilación, anunció las *Instituciones*, obra elemental destinada a los principiantes. Aunque Florentino, Cayo, Ulpiano, Paulo, Calistrato y Marciano

[1] En las hojas impresas figura otra redacción tachada: "Los cincuenta libros de las Pandectas fueron distribuidos en siete partes, división imitada en el código Alfonsino de las *Siete Partidas*". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[2] Aquí se interrumpe el texto manuscrito de la página impresa, para luego continuar con el número siguiente. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

habían compuesto institutas, se echaba de menos un libro de esta especie que correspondiese a la jurisprudencia de su tiempo. Encargóse su redacción a Triboniano, y a dos otros jurisconsultos Teófilo y Doroteo, profesores de derecho; aquél en Constantinopla, y éste en Bérito, ciudad fenicia, famosa por su escuela de jurisprudencia. Triboniano, que dirigía todos estos trabajos, dejó asociado para siempre su nombre al de Justiniano, y él es, sin duda, a quien se debe la parte principal de los elogios o censuras que merezca la legislación de este príncipe.

Los redactores de estos elementos tomaron mucho a las antiguas Institutas y principalmente a la de Cayo. La división en cuatro libros pertenece a este último: El primer libro contiene veintiséis títulos; el segundo veinticinco; el cuarto dieciocho. El tercero consta de veintinueve; pero algunos editores le dan treinta, porque del título 6º *De los grados de cognación* han hecho dos, de los cuales el segundo tiene por epígrafe *De la cognación servil.*

Las Instituciones o Instituta de Justiniano fueron promulgadas en 533, el once de las calendas de diciembre, que corresponde al 21 de noviembre. El *Digesto* no se promulgó hasta el doce de las siguientes calendas de enero, es decir, el 16 de diciembre del mismo año. Pero uno y otro no empezaron a ser obligatorios hasta el tres de las calendas de enero, que es el 30 de diciembre.

22

El año siguiente 534, fueron comisionados Triboniano y otros cuatro jurisconsultos para revisar el Código, corrigiéndolo donde fuese necesario, e incorporando en él las Cincuenta Decisiones y otras Constituciones imperiales posteriores a su primera promulgación. Así se formó la segunda edición del Código (*Codex repetitae praelectionis*) promulgada el 17 de noviembre de aquel año, aboliendo la anterior,

de que no se conserva ejemplar. Sin embargo, las citas del Código en la *Instituta* se refieren a la edición primitiva, y por eso varias de las Constituciones que se alegan como insertas en el Código no se encuentran en el *Repetitae Praelectionis*, que es el que ha llegado a nosotros.

23

En los manuscritos, y en las ediciones impresas más antiguas, se lee de seguida, sin interrupción ni subdivisión, cada una de las Constituciones del Código, y cada fragmento ingerido en el Digesto; pero los editores modernos, para que pudiesen consultarse más fácilmente estas obras, han separado casi siempre los pasajes que formaban sentido completo, llamando a la primera sección *principio*, y a las otras *parágrafo primero*, *segundo*, *tercero*, etc. Dividióse de un modo semejante el texto de cada título de la Instituta; pero con esta diferencia. En cada título de la Instituta hay una sola serie de principios y párrafos; en los del Código y las Pandectas hay ordinariamente varias, que forman otras tantas divisiones primeras, llamadas *leyes*.

En la Instituta es el emperador Justiniano el que habla; y no se pone a la cabeza de los extractos la fuente de que se han tomado. En el Código y las Pandectas, al contrario, hablan los diferentes autores; bien que con las alteraciones que parecieron necesarias para acomodar sus doctrinas al derecho de Justiniano; lo que, sin embargo, no se hizo con bastante cuidado.

24

Al publicar la segunda edición del Código ofreció Justiniano reunir en otra colección posterior las *Novelas* o *Constituciones* posteriores que tuviese ocasión de promulgar. Promulgó efectivamente muchas, pero no las recopiló ni

ordenó [1]. Y como la lengua griega era la que se hablaba en el Oriente, se tradujeron en ella los textos latinos de las Pandectas y del Código, y se parafrasearon las Instituciones. Descuidáronse por consiguiente los originales, y de las Novelas fueron pocas las que se publicaron en latín. El profesor

1 Recogemos diversas redacciones de este tema, que pueden dar idea de cómo Bello elaboraba el *Proemio*.

Al margen del impreso, dice:

"Pero los jurisconsultos italianos del siglo XII no se cuidaron de todas las que se encontraban en los manuscritos, y sólo ilustraron con notas y glosas 97 de ellas, y aun ésas no en el texto griego, sino en una traducción latina que, según se dice, fue aprobada por este príncipe o por su inmediato sucesor, y fue llamada por eso *Auténtica*. En 1531 comenzaron a publicarse otras novelas; se dio atención al texto griego; y se hicieron nuevas traducciones; pero los jurisconsultos de esta época no lograron que sus útiles trabajos fuesen adoptados por los tribunales, que jamás admitieron otras novelas que las del siglo XII, ni otro texto que el de la *Auténtica*, llamada después, por oposición a las más recientes versiones, *Antigua* o *Vulgata*. Ella tiene sobre las otras el mérito de la exactitud literal, y se cree que el traductor tuvo a la vista un texto griego más puro y completo que el de los manuscritos publicados en el siglo XVI.

Las 168 novelas que con las Instituciones, las Pandectas y el Código componen todo el Cuerpo de Derecho Romano (*Corpus Juris Civilis*), no comprenden todas las que promulgó Justiniano..."

* * *

Hasta aquí la redacción tachada al margen del impreso, y que continúa en el texto no tachado. Paralela a esta redacción al margen, ya copiada, hay otra anterior que es continuación del impreso, que dice:

"El número de todas ellas es 168, pero sólo 97 tuvieron fuerza de ley, por haber sido recopiladas en 565, último año de la vida y reinado de Justiniano. Después de su muerte el jurisconsulto Juliano publicó una nueva edición y añadió 27. Haloandro, jurisconsulto sajón, agregó 40 descubiertas por él, y Cuyacio otras 3. Las 98 de la primera colección fueron publicadas en griego, y traducidas literalmente al latín bajo los auspicios de Justino II. Esta versión es la *Auténtica*, llamada también *Antigua* o *Vulgata*. Entre las restantes hasta 168, no completan el número de las que promulgó Justiniano..."

* * *

Existe otra redacción tachada en el manuscrito, en la forma siguiente:

"Tradujéronse las otras a la lengua latina; y la versión más antigua que se conoce sube a la edad de Justiniano, y se dice haber sido aprobada por él o por su inmediato sucesor. De aquí es que los jurisconsultos italianos que en el siglo XII se dedicaron a ilustrarlas con notas y glosas, no se cuidaron de recoger todas las que se encontraban manuscritas, y sólo trabajaron sobre 97 de ellas, no teniendo presente otro texto que el de aquella antigua versión llamada *Auténtica*. En el siglo XVI comenzaron a publicarse por la prensa otras novelas y se consultaron los originales, y se hicieron nuevas traducciones;..."

"Las novelas están escritas en un estilo sumamente difuso. Poco después de la muerte de Justiniano, un profesor de Constantinopla, llamado Juliano, trató de remediar este vicio, compendiándolas en latín. Así su libro (*novelarum liber*) que Heineccio titula *versión*, es en realidad un compendio. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

Juliano compendió en latín una gran parte de ellas poco antes o después de la muerte de Justiniano. Este libro se llamó *Epitome Novellarum*, y andando el tiempo, tuvo mucho crédito en el Occidente.

Pero no deben confundirse con estos trabajos privados los que llevaron la sanción imperial. La legislación de Justiniano fue derogada por gran número de Constituciones de los príncipes que le sucedieron desde el siglo VI hasta el IX, y la refundió con ellas el Emperador Basilio el Macedonio en un nuevo cuerpo de leyes que de su nombre se llamaron *Basílicas*. En 1453, cuando Constantinopla cayó en poder de los turcos, había ya largo tiempo que las obras de Justiniano carecían de toda autoridad en el foro.

En el Occidente, después de la ruina del Imperio, subsistió vivaz el derecho romano, sino como ciencia, a lo menos como ley de los vencidos, porque el derecho no adhería al territorio, sino a las personas; las cuales eran regidas generalmente por la ley de su origen; el romano por la romana, el lombardo por la lombarda, el borgoñón por la borgoñona. De aquí las colecciones del derecho romano que para el uso del pueblo conquistado, que se llamaba en todas partes romano, se compusieron bajo los auspicios de los dominadores de Occidente. Una de ellas fue el *Breviario* de Alarico II, rey de los Visigodos, promulgado en 506; a que daremos una atención especial por su celebridad, y por la conexión que tiene con la historia y la legislación de España.

Alarico, que reinó desde 484 hasta 507, nombró para formar este Código una comisión de jurisconsultos romanos, que terminaron su trabajo el año 22 de su reinado, en la ciudad de Aire (Adurum o Adura) en Gascuña. El Código fue sometido a una junta de Obispos y nobles, aprobado por ellos, refrendado por Aniano, canciller o secretario real, y circulado por Goiarico, jefe de palacio, con un *conmonitorio*, que prescribía su uso exclusivo bajo las penas más severas. No fue pues redactado, como algunos creyeron, ni por Aniano ni por Goiarico, ni pudo esta función convenir a un godo.

Llamósele *Lex Romana;* y *Lex Theodosii,* por la parte que se dio en esta compilación al Código Teodosiano. El título de *Breviario Alariciano* no lo tuvo hasta el siglo XVI. Las materias que comprende son, en este mismo orden; 1º, el Código Teodosiano, 16 libros; 2º, las Novelas de Teodosio, Valentiniano, Marciano, Mayoriano y Severo; 3º, la Instituta de Cayo; 4º, las Sentencias de Paulo, 5 libros; 5º, el Código Gregoriano, 13 títulos; 6º, el Código Hermogeniano, 2 títulos; y 7º, Papiniano, *lib. I responsorum,* fragmento muy corto. Los redactores abrevian y explican los textos sin alterar la sustancia; pero el que empleó la Instituta de Cayo, la refundió enteramente, introduciendo las alteraciones que juzgó necesarias; esto hacía superflua la explicación o comentario que acompaña a los otros textos, elucidándolos, parafraseándolos, y modificándolos a veces por las costumbres locales, o por nuevas leyes. Así el Breviario no fue compuesto por godos, ni con el objeto de introducir el derecho gótico entre los romanos, si bien es cierto que la nueva constitución política no pudo menos de modificar las antiguas leyes. Este Código, dice Savigny, tiene para nosotros un valor inestimable, por ser el único depositario de escritos importantes, como los de Paulo, y los cinco primeros libros del Teodosiano. La elección de los textos es pobrísima. A presencia de tantos jurisconsultos, se eligen sólo dos; si se cita a Papiniano es por pura forma; no se nombra siquiera a Ulpiano; y se omite lo mejor de Cayo.

Entre los numerosos manuscritos del Breviario, no podrían citarse dos enteramente semejantes: unas veces el copista suprime un texto y su comentario, otras da el comentario sólo, otras sustituye a éste una glosa o comentario nuevo. Existen también composiciones independientes que compendian el Breviario, o le dan otra forma. Este Código ha dado asunto a grandes investigaciones en los tiempos modernos.

El Breviario estuvo en vigor en España hasta mediados del siglo VII, en que salió a luz un nuevo Código de los

reyes Visigodos, el *Forum Judicum* o *Fuero Juzgo,* obligatorio para todos los súbditos de la monarquía, sin distinción de origen; la ley que permitía el matrimonio entre las dos razas, romana y goda, había preparado la fusión de ambos pueblos; y Chindasvinto proscribió todas las leyes extranjeras, y en especial el derecho romano, cuyo estudio no fue ya permitido sino como ejercicio de la inteligencia. Confirmaron esta prohibición otras leyes, y hasta llegó a pronunciarse la pena de muerte contra jueces que aplicasen el derecho romano. Quedó así abolido el principio de los fueros personales, y rigió exclusivamente el Fuero Juzgo, como legislación territorial.

Encuéntranse en el Fuero Juzgo fragmentos de derecho romano, pero sacados del Breviario. Sus redactores no hicieron uso de las obras de Justiniano, que sin embargo no eran enteramente desconocidas en España. Este orden de cosas duraba todavía en el siglo XIII, cuando Alfonso X hizo compilar en sus *Siete Partidas* el derecho justiniáneo, que de Bolonia se había derramado por toda la Europa.

Antes que el Breviario bajo la dominación visigoda, fue publicado en Italia (año 500) el *Edicto de Teodorico,* rey de los Ostrogodos, obligatorio también para las dos razas, pero que no tenía, como el Fuero Juzgo, el carácter de legislación exclusiva, porque a su lado permanecían en vigor las costumbres patrias para la raza conquistadora. El Edicto de Teodorico resume las leyes romanas, pero no son los antiguos jurisconsultos ni los emperadores los que hablan allí, sino los autores del Edicto; obra bárbara en que se alteran de tal modo las fuentes, que se hace difícil reconocer en ella la fisonomía romana.

Otro Código de la misma especie fue el *Papiano* entre los Borgoñones (517). No es menos pobre que el anterior; pero regularmente no altera los fragmentos que zurce, y bajo este respecto vale mucho más para nosotros que el Edicto de los ostrogodos. El título que se le da de *Papiani liber responsorum* nació de una equivocación. El Breviario termina

por un fragmento con el epígrafe *Papiani lib.* I *Responsorum;* pero *Papianus* es el nombre que en aquella obra se da a Papiniano; y como en su manuscrito del Breviario encontrase Cuyacio, después de este fragmento, la colección borgoñona, sin interrupción, y sin nuevo epígrafe, se figuró que Papiano era el nombre de algún jurisconsulto desconocido, autor de ella, y que el fragmento final del Breviario era el principio del supuesto Papiano.

Estas tres compilaciones, el Edicto de Teodorico, el Breviario y el Papiano, compendiaron una copia inmensa de materiales; pero da lástima ver, dice Savigny, tanta pobreza sustituida a tanta riqueza. Cada una de las tres obras encierra en un solo volumen de poco bulto el derecho romano entero, jurisconsultos y constituciones. Si se las compara con las de Justiniano, es imposible resistir a un sentimiento de admiración. Sin duda no era concedido al siglo de Justiniano el poder creador; los que trabajaban a sus órdenes debieron estudiar una literatura científica, extraña a la de su país; pero la eleción que hicieron fue tan acertada y feliz, que después de 1.300 años, sus colecciones representan casi solas la jurisprudencia romana, y ninguna edad exenta de preocupaciones rechazará el influjo de aquel profundo desarrollo del derecho.

No vivió sólo en aquellos tres compendios el derecho de Roma; vivió en la organización municipal de las ciudades de Occidente; vivió en la enseñanza de las escuelas, aunque reducida a la explicación de los textos autorizados; vivió en la práctica tradicional de los jueces y de los actuarios; vivió en las leyes mismas de la raza conquistadora, cuyas codificaciones presentan señales inequívocas de imitación de las leyes romanas; vivió sobre todo en la Iglesia, no sólo porque habiéndolo ella adoptado una vez, no era de su genio innovar, sino porque le fue indispensable conservarlo, a causa de las reglas que contenía sobre sus numerosas prerrogativas, y sobre muchas materias especiales, desconocidas

en el derecho germánico; motivos que en gran parte existían también relativamente a las personas de los eclesiásticos.

Pero este conocimiento y esta práctica del derecho romano tuvieron sólo un valor relativo como transición a mejores épocas. En el siglo XII se levanta en Bolonia una escuela insigne, cuya reputación se extiende rápidamente al otro lado de los Alpes, y sus profesores se ilustran por obras que aún en nuestros días no han perdido su valor. Multitud de discípulos concurren allí de toda Europa, y de vuelta a su patria llevan la ciencia rejuvenecida, la comunican a la jurisprudencia nacional, la propagan en sus escritos, y la enseñan en cátedras fundadas por el modelo de las de Bolonia. Felizmente se habían conservado las Pandectas. Las otras fuentes del derecho romano, el Breviario, por ejemplo, el Código y las Novelas de Justiniano, hubieran podido difícilmente ofrecer bastante pábulo a los esfuerzos vigorosos que dan tanto lustre a la escuela de los glosadores. Desde el reinado de Carlomagno se miraban la mayor parte de los pueblos y Estados de Europa como unidos por vínculos comunes, la religión, el clero, la lengua latina. Agregóse a éstos el derecho romano, que fue ya considerado, no como la legislación peculiar de los romanos, o como la propiedad exclusiva de un solo Estado, sino como el derecho común de la Europa cristiana; idea que contribuyó mucho a exaltarlo y a propagar su imperio.

25

El gran fundador de la escuela boloñesa fue Irnerio, llamado también Warnerio, Jernerio, natural y ciudadano de Bolonia, que murió antes de 1140. De la forma exegética que él y sus sucesores adoptaron, exponiendo las colecciones de Justiniano, que se fueron poco a poco reuniendo, se originaron las *glosas*, breves notas, que formaban un comentario seguido. Insertábanse al principio estas glosas en-

tre las líneas del texto *(glossa interlinearia)* y posteriormente al margen. Juntáronse las de varios profesores, y habiendo crecido enormemente las entresacó a principios del siglo XIII el afamado Accursio, formando con ellas la *glossa ordinaria,* que se ha conservado hasta nosotros, con algunas adiciones posteriores de poca importancia. Los glosadores, comparando los diferentes manuscritos de las colecciones de Justiniano, dieron un texto más completo y correcto, que se llama la vulgata *(lectio vulgata)*; tradujeron al latín los pasajes griegos que se encuentran en ellas; y reunieron las Novelas de Justiniano bajo el título de *Authenticum* o *Liber Authenticorum,* sirviéndose para las novelas griegas, no del texto original, sino de una traducción latina literal, plagada de helenismos y algunas veces defectuosa, la cual se llamó *Vulgata (versio vulgata)* por oposición a las versiones más correctas y exactas que posteriormente salieron a luz, y *auténtica* por haber sido la única que admitieron los tribunales. Pero de todas las novelas que los glosadores conocían, que eran muchas más, sólo comentaron 97. Distribuyéronlas en nueve collationes, que formaron el *liber ordinarius,* y a las otras se dio el título de *Authenticae extraordinariae* o *extravagantes.* Las 168 de que hoy constan las Colaciones, ni completan el número de las que promulgó Justiniano, ni son todas de este príncipe, pues hay algunas de Justino II y Tiberio II, que le sucedieron en el imperio. Cada novela de las 168 forma un título; división conservada por todos los editores, pero completamente abandonada en la práctica, pues no se acostumbra citarlas sino por su orden numérico, que no es ni metódico, ni cronológico; así por ejemplo, la 115 es posterior a la 118.

Divídense frecuentemente las Novelas en prefación, capítulos y epílogo, y en estas secciones suele también observarse la serie de principio y párrafos, cuando su extensión lo exige.

Comparáronse las Novelas con las leyes anteriores, y se indicaron las innovaciones por sumarios o extractos, que

en el Código se colocaron al pie de las constituciones derogadas o modificadas. A la cabeza de estos sumarios, que en las ediciones modernas vienen siempre en letra cursiva, se citan la Colación y la Novela de que se han sacado, con referencia a la Auténtica o Vulgata; las citas principian por las palabras, *In Authentica*, y de aquí viene el haberse dado a los sumarios mismos el título de *Auténticas*. Atribuyóse a Irnerio la redacción de la mayor parte de ellos. Sea quien fuere su autor, es necesario tener entendido que a pesar de la autoridad de que han gozado, representan de un modo inexacto y a veces infiel las disposiciones de las Novelas. Es preciso pues recurrir a éstas siempre que se trate de saber con toda seguridad lo que en ellas ordenó Justiniano [1].

26

Las Instituciones, Pandectas, Código y Novelas forman el *Corpus Juris Civilis*. Los glosadores dividían toda esta masa en cinco volúmenes, señalados por colores y nombres especiales.

1. El *Digestum Vetus* comprendía desde el principio de las Pandectas hasta el libro XXIV tít. 2 inclusive.

2. El *Infortiatum* llegaba hasta el libro XXXVIII inclusive; pero desde las palabras *tres partes* en fr. 82 XXXV, 2, formaba una sección separada, que no se juntó a lo anterior sino al cabo de algún tiempo.

3. El *Digestum Novum* llegaba hasta el fin de las Pandectas.

[1] Sigue en el manuscrito el siguiente texto tachado: "Como *jus posterius derogat priori*, es evidente que en caso de oposición las Novelas deberán prevalecer sobre las otras partes del *corpus juris*, cada novela sobre las de fecha anterior; y el Código sobre las Pandectas y la Instituta. Estas dos obras, que empezaron a tener fuerza de ley en un mismo día, y gozan de igual autoridad entre sí; ¿qué se hará pues cuando se oponen una a otra? Las reglas que se siguen entonces son éstas: 1º las Instituciones ceden a las Pandectas, como a la fuente de que se derivan; 2º las Pandectas ceden a las Instituciones, cuando aparece que el legislador ha tenido intención de innovar". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

Se ha disputado mucho sobre el significado de estos nombres, que probablemente provienen de que las diferentes partes de las Pandectas se descubrieron poco a poco y por fragmentos.

4. El *Codex repetitae praelectionis* hasta el libro IX inclusive.

5. El *Volumen legum* o *Volumen parvum*, que abrazaba la Instituta, las Novelas y los tres últimos libros del Código, fuera de otras partes extrañas; a saber, *Trece edictos* de Justiniano; varias constituciones del mismo, de sus sucesores Justino y Tiberio, de los emperadores León, Zenón, etc., de los *Canones Sanctorum et venerandorum Apostolorum*, de los *Libri Feudorum*, del *Liber de pace Constantiae*.

La división en cinco tomos se conservó en las ediciones más antiguas, aunque con alguna variedad en el orden, principiando por la Instituta. Dióse al todo el título de *Corpus Juris Civilis* por oposición al *Corpus Juris Canonici*.

Las ediciones glosadas más importantes son las siguientes:

Lugduni apud Sennetonios fratres, 1549, 1550: 5 tom. en fº.

Cura Antonii Contii, París, 1576, 5 tom. en fº.

Cura Pet. ab Area Bandoza Cestii, Lyon, 1593, 4 tom. en 4º.

Cura Jo. Fehii, Lyon, 1627, 6 tom. en fº.

Las no glosadas son:

Cura Ludovici Russardi, Lyon, 1561 2 tom. en fº, reimpresa en Amberes, 1567 y otra vez en 1570, 7 tom. 8º.

Cura Antonii Contii, Lyon, 1571, y otra vez en 1581, 15 tom. 12º.

Cura Lud. Chorondas, Amberes, 1575 en fº.

Cum notis Dionys, Gothofredi, Lyon, 1583 en 4º. De sus numerosas reimpresiones pasa por la mejor la *Cura Sim. van Leeuwen apud Elzevirios*, Amsterdam, 1663, en fº.

IO. GOT. HEINECCII

ELEMENTA IVRIS

ROMANI.

EDITIO PRIMA HISPANA

AD VSVM STVDIOSAE IVVENTVTIS

ADORNATA.

CVM PRIVILEGIO,

COMPLVTI.

APVD EMMANVELEM AMIGO

ACADEMIAE TYPOGRAPHVM.

ANNO CIↃIↃCCCVIII.

Facsímil de la portada de la edición latina de Heineccio, *Elementa Iuris Romani*, edición de 1808.

Ex recens. Georg. Chr. Gebaneri, cura Georg. Aug. Spangenbergi, Gotinga 1776-1797, 2 tom. en 4º.

Se han conservado gran número de manuscritos de la Instituta, pero ninguno parece del siglo X. Entre las ediciones separadas que se han hecho de ella las más notables son:

La *editio princeps,* Maguntia, 1468, fº.

Ex recens. Haloandri, Nuremberga, 1529, fol.

Cura Joc. Cujacii, París, 1585, 12º.

Ed. Fr. Aug. Biener, Berlín, 1812, 8º.

Ecloga Juris Civilis, París, 1827, en 8º (con el *Liber Regularum* de Ulpiano, *Pauli Sententiarum libri Quinque, Caji Institutionum Commentarii Quatuor,* etc.).

Ed. C. A. C. Klenze et E. Boecking, Berlín, 1829, en 4º (junto con la Instituta de Cayo).

De las Pandectas se conservan muchos manuscritos, pero de partes separadas; y ninguna anterior al siglo XII. El de Florencia es muy antiguo y completo, remontándose tal vez hasta el siglo VII. Estuvo en Pisa hasta 1406 y de allí se trasladó a Florencia.

Entre las ediciones de las Pandectas merecen citarse:

La *Princeps. Digestum Vetus,* Peruciae per Henr. Clayn., 1476, fol. *Infortiatum per Vitum Pucher,* 1475, fol. *Digestum Novum,* Romae per Vitum Pucher, 1476, fol.

Ex recens. Haloandri, Nuremb., 1529, en 4º.

Cura Taurelliorum, Florencia, 1553, en fº.

Del Código no hay manuscrito alguno que en antigüedad y mérito pueda compararse con el de Florencia. En los otros hubo mucho descuido; de lo que provienen las diferencias en las inscripciones y subscripciones, y la omisión de varias constituciones, particularmente las griegas.

Las ediciones principales son:

La *Princeps* de los nueve primeros libros, *Monguntiae per Petr. Schoyffer,* 1475, fº, y para los tres últimos, *Romae per Vitum Pucher,* 1476, fº.

Ex recens. Haloandri, Nurem., 1530, fº.

De las Novelas no hay manuscritos antiguos completos, y muchas de ellas han sido descubiertas una a una. Por eso hay mucha variedad en las Colecciones, tanto en orden al número de las constituciones que contienen, como a la lengua en que están escritas. Fuera del *Epitome Novellarum* de Juliano, hay una colección de 168 novelas en griego, y de 134 en latín.

Editio Princeps, Romae per Vitum Pucher, f° (junto con los últimos libros del Código) ; en el texto latino de la *versio vulgata.*

Graece et latine, cura Haloandri, Nuremb., 1531, fol.

Ed. Contii, París, 1559.

27

El modo de citar las diversas partes del *Corpus Juris* es como sigue. La Instituta o Instituciones de Justiniano se designan por *I* o *Inst.;* las Pandectas o Digestos por una D, o por una P. latina o griega, o por el signo *ff,* que parece haber provenido de la *D* con una línea transversal; el Código por *C* o *Cod.;* y las Novelas por *Authent.* o *Auth.* o *Aut.* o por *N.* o *Nov.*

Para designar el título particular de la Instituta, las Pandectas o el Código, se agrega o se indica abreviadamente la rúbrica o epígrafe: *Inst. de justitia et jure; D. pro socio; Inst. de rer. div. (de rerum divisione); D.* de *R. J. (de divortii regulis juris antiqui)* ; *D.* de *V. S.* (*de verborum significatione); C. de sacros. eccles. (de sacrosanctis eclesiis).* Hoy es común omitir la designación general del Digesto: así *de just. et jure* señala el título 1° del libro primero del Digesto; si se tratase de la Instituta, sería necesario anteponer a la rúbrica, *I* o *Inst.*

Comúnmente se designan los pasajes particulares del título por *l* o *L. (lex),* añadiendo *pr. (in principio),* o § 1, 2, etc., cuando la ley o sección está dividida en principio y

párrafos; v. gr. *l.* 10 *pr. de usu* (el principio de la ley primera del título de las Pandectas cuyo epígrafe es *de usu et habitatione*, que es el 8º del libro VII); *l.* 28 *C. de liber. causa* (ley 28 del título del Código, cuya rúbrica es *de liberali causa)*. Pero en la Instituta, como cada título forma una sola serie, solo se pone *pr.* o § 1, 2, etc. antes de la rúbrica. Así § 15 *Inst. de legitis* quiere decir el párrafo 15 del título de la Instituta que lleva ese epígrafe.

Además, cuando se citan las Pandectas o el Código, se pone a veces el nombre del jurisconsulto o del emperador a quien pertenece el pasaje: por ej. Paul. 14 § 4 *de ritu nupt.* designa el § 4 de la ley 14 del título de las Pandectas *de ritu nuptiarum*, y se indica que esta ley es un fragmento del jurisconsulto Paulo: *Diocl. et Max. C. 7 de interd. matrim.*, quiere decir el título de *interdicto matrimonio* del Código, en la ley 7, que es una constitución de Diocleciano y Maximiano. Pero hoy se va haciendo frecuente poner. *fr. (fragmentum)* o *c.* (*constitutio*), en lugar de *l.; Ulp. fr.* 39 § 1 *de ritu nupt.* (el fragmento 39 § 1, de Ulpiano, en el título *de ritu nuptiarum* de las Pandectas); *Hon.* et *Theod.* c. 20 *de nupt.* (el título *de nuptiis* del Código, en la Constitución 20, que es de Honorio y Teodosio). Es evidente que citando de este modo sería superflua la designación general *D* o *C*.

Como en tiempo de los glosadores, las divisiones y subdivisiones no estaban numeradas con exactitud y uniformidad en los manuscritos, era preciso citarlas por las primeras palabras: § *litorum quoque Inst. de rer. divis.*, o *l. societates* § *donationes D. pro socio* en vez de § 5 *Inst. de rer. divis., l.* 5, § 2 *pro socio.* Sólo las auténticas del Código suelen citarse por las palabras iniciales, v. gr. *auth. sacramenta puberum* C. *Si adversum rem jud.*

Pero en estos últimos tiempos se ha hecho frecuente la práctica de citar los títulos por el número del libro y título respectivos: así C. VII, 16 es lo mismo que *C. de liber. causa*, porque el título que lleva este epígrafe en el Código es el

16 del libro VII. Algunos combinan ambos métodos: *l.* 28 *C. de liberali causa* (VII, 16).

En cuanto a las Novelas, los glosadores colocaban, después de la abreviación *Authent.*, la rúbrica del título en que se encontraba la novela; luego, bajo la denominación y signo de parágrafo, indicado por las primeras palabras, lo que hoy llamamos capítulo; y en fin la colación. Hoy la práctica es designar el número de la Novela y el del capítulo, v. gr. *Nov.* 22, *cap.* 16. En lugar del capítulo se pone, según los casos, *praef.*, *epil.*, *(in praefatione, in epilogo)* (a).

28

En cuanto a las antinomias del *Corpus Juris,* las reglas que generalmente se siguen, en conformidad con el principio *lex posterior derogat priori,* son éstas:

1ª Las Novelas prevalecen sobre las otras partes del *Corpus Juris,* y cada novela sobre las de fecha anterior.

2ª El Código prevalece sobre las Pandectas y la Instituta.

3ª Las Pandectas y la Instituta, como que empezaron a tener fuerza de ley en un mismo día, gozan de igual valor entre sí; pero donde se oponen una a otra, las Instituciones ceden a las Pandectas, como a la fuente de que fueron sacadas; y las Pandectas a las Instituciones (que se compusieron después), cuando aparece que el legislador ha tenido intención de innovar.

4ª Según el rescripto de Constantino, *l.* 2 *C. quae sit longa cons.*, la costumbre no prevalece contra la razón ni la ley: *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.*

(a) Sobre la materia del *Proemio* de la Instituta, léase a Heineccio *ib.*, Du Caurroy *ib.*, Marezou, *Droit Privé des Romains* (trad. franc. de Pellat), *Première Partie,* § 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38; Savigny: *Droit Romain* (trad. franc. de Guenoux), *lib.* 1, *chap.* 2, 3. [Bello repite esta nota, con ligeras variantes, al final del *Proemio.* (COMISIÓN EDITORA. CARACAS)].

Savigny suscribe a la primera de las cuatro reglas precedentes. En cuanto al Código, Pandectas e Instituta he aquí un resumen de su doctrina.

Justiniano considera estas colecciones como una vasta unidad (*l.* 2 § 12, 23 *C. de vet. jure enucl.*). La parte principal es el Digesto, a que todo lo demás sirve de extracto o complemento; y la Instituta es una Constitución, que no es ni superior ni inferior al Digesto ni al Código.

La segunda de las reglas precedentes daría resultados extraños. La primera redacción del Código, semejante, casi en todo, a la que tenemos, y publicada en 529, habría tenido que ceder, en los textos contradictorios, al Digesto y la Instituta, que aparecieron en 533; y la segunda redacción, promulgada en 534, rehabilitaría casi todos los textos condenados de la primera; versatilidad increíble. Justiniano, por otra parte, supone una armonía perfecta entre sus diferentes colecciones (*l.* 2 § 15, *l.* 3 § 15 *C. de vet. jure enucl.*). El pequeño número de textos del nuevo Código, en que se puede reconocer una derogación, se reduce a los publicados después de la promulgación del Digesto, es decir, en menos de un año; y relativamente al derecho privado, no pasan de seis, que son, *l.* 2 *C. de jurej. propt. cal.*, *l.* 29 *C. de nupt.*, *de testam.*, *l.* 31 *C.*, *l. un C. de caduc. toll.*, *l.* 15 *C. de legit. hered.*, *l. un C. de lat. libert. toll.*

Podemos pues mirar las tres colecciones como promulgadas simultáneamente, y la conciliación de las aparentes antinomias se operará de dos modos: sistemática o históricamente.

El primero consiste en dar un objeto especial a cada texto, fijando los límites de su aplicación, o considerando los dos textos como dos partes de un todo, destinadas a completarse mutuamente. Si existe pues la contradicción entre una fórmula general y una regla concreta, prevalecerá la segunda.

La conciliación histórica se opera tomando uno de los textos contradictorios por regla verdadera y permanente, y el otro como una ilustración histórica, introducida por dos

motivos; porque los derechos adquiridos continuaban rigiéndose por la legislación precedente, y porque el derecho antiguo hace comprender mejor el nuevo.

No debe recurrirse a la conciliación histórica sino cuando la sistemática es imposible; y si ambas lo son, no queda otro partido que adoptar aquel texto que más armonía manifieste con la legislación justiniana. Si tenemos pues por una parte una decisión solitaria, y por otra numerosas decisiones uniformes de diferentes épocas, deberemos buscar el verdadero sentido de la legislación en esta uniformidad de doctrinas. Y si encontramos dos textos contradictorios, uno en el centro mismo de la materia de que se trata, otro en un paraje distante, el primero se mirará como la expresión más segura de la idea del legislador.

En cuanto a la cuarta regla, Savigny cree que se limita a costumbres locales, circunscritas a pequeñas porciones de territorio porque en su tiempo era ya imposible que se desenvolviesen otras, abrazando el imperio tanto número y variedad de pueblos y que las costumbres locales no pueden derogar al derecho absoluto *(legem)*, ni contra el interés del Estado *(ratio publicae utilitatis)* aunque no esté garantido por una ley (a).

[En las hojas impresas terminaba la primera parte del prefacio, con la traducción [1] del siguiente texto que damos a continuación. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS)].

Permítasenos añadir a esta breve reseña histórica, la elocuente apreciación del derecho romano que nos da Lerminier.

"La ciencia imprime al derecho su estampa y su lógica; sienta los principios, deduce las consecuencias, desarrolla

(a) Para la materia de esta Introducción se ha tenido presente a:
MAREZOLL, *Droit Privé des Romains* (trad. franc. de Pellat), *première partie;*
SAVIGNY, *Droit Romain* (trad. franc. de Guenoux), liv. I, chap. 2, 3, 4;
DU CAURROY, *Institutes Expliquées*, constitution prelim., y liv. I, tit. 1 y 2.
Se ha consultado también la *Historia del Derecho Romano en la edad media,* por Savigny.

[1] El fragmento traducido es de la obra de E. LERMINIER, *Introduction générale a l'Histoire du Droit.* Corresponde a las páginas 19-22, de la segunda edición, de París, 1835. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

inagotablemente la idea del derecho, reflejándola. Bajo este punto de vista nada iguala al derecho romano. Algunos de sus principios pueden controvertirse; pero su método, su lógica, su sistema científico, le han dado y conservan una superioridad decidida sobre todas las otras legislaciones. Sus textos son la obra maestra del estilo jurídico; jamás podrá escribirse el derecho como bajo la pluma de Ulpiano y de Papiniano: parece verse allí el rigor geométrico aplicado al pensamiento moral. Nuestra flaqueza moderna ha perdido el secreto de aquella maravillosa dialéctica. ¿Cómo explicaremos este poder intelectual del derecho romano y su eternidad política? Contemplando el genio de Roma, profundizando el estudio de la originalidad romana. El ciudadano de Roma, rígido, austero, avaro, positivo, amaba con pasión sus orígenes, sus tradiciones nacionales, las costumbres patrias, la antigua constitución: no rompía nunca la cadena de los tiempos; eslabonaba siempre lo antiguo a lo nuevo; guardaba en sus designios una continuidad indisoluble, y en sus obras una constancia que nada doblegaba. De ahí los hombres de estado, los genios políticos, los eminentes jurisconsultos. Roma tuvo, por excelencia, el genio político; no digo social, porque hollaba los pueblos, y uncía los reyes a su carro triunfal. Pero el sentimiento del Estado, del derecho, de la ley, de la constitución, de lo que es nacional y patrio, la preocupa y la llena; para ella las artes, la filosofía, los placeres del pensamiento, son pasatiempos y distracción. Afuera despliega una implacable perseverancia para llevar a cabo sus empresas; ni los reveses la abaten, ni los artificios la engañan; lo doma, lo vence todo; lo que ha resuelto se ejecuta irremisiblemente. Cartago brilla y se robustece en vano; ni su comercio ni su opulencia la salvarán; aun en medio de las victorias de Aníbal, se presiente su ruina, y como que vemos cernerse sobre ella el águila romana que con su mirada la fascina, hasta que al fin la hace caer en sus inevitables garras. Compárese el espíritu griego al romano y se hallará en los hombres de estado de la Grecia (exceptuados el gran

Temístocles, Pericles el Olímpico, y algunos esparciatas), algo de ligero, de inconsecuente, de fútil; caracteres que no se sostienen. No se engañaba el antiguo romano: *Graeculus quidam,* decía. En Grecia, en Atenas, se piensa más en las discusiones filosóficas de Protágoras y en los versos de Aristófanes que en la guerra del Peloponeso; pero en Roma pasean el Foro hombres graves, severos, que sólo meditan en la conservación de sus derechos y en la conquista del mundo. Virgilio tenía bien la conciencia del genio de su pueblo:

Excudent alii spirantia mollius aera,
Credo equidem; vivos ducent de marmore vultus;
Orabunt causas melius, cœlique meatus
Describent radio et surgentia sidera dicent:
Tu regere imperio populos, Romane, memento:
Hae tibi erunt artes; pacisque imponere morem,
Parcere subjectis et debellare superbos.

El espíritu que vivificaba a Roma es lo que nos explica sus leyes, su poder, su duración.

LIBRO PRIMERO

TÍTULO I

De la justicia y del derecho *

El *derecho* y el *Estado* son dos fenómenos que encontramos en toda asociación de hombres; y aunque el establecimiento de diversos Estados y diversos derechos, considerado históricamente, tiene mucho de accidental y arbitrario, la idea del derecho en general es lo que ha servido de base a esta diversidad de formas; ensayos más o menos incompletos con que se ha intentado realizarlo.

El íntimo enlace del derecho con el Estado proviene de que la idea del derecho no puede entrar en la vida humana sino por medio del Estado, esto es, de una reunión de hombres sometidos a un poder común, visible y generalmente reconocido; porque es de la esencia del derecho el que la universalidad de los que componen el Estado lo reconozca, y que en consecuencia el poder público, órgano de esta universalidad, invigile y procure su observancia.

De aquí procede la diferencia entre el derecho y la moral. Uno y otra dictan preceptos a que debe someterse el hombre, como ser libre y racional; pero los preceptos de la moral emanan de la conciencia del individuo y en su ejecución están subordinados a ella, es decir, a una fuerza interior, que reside en el alma; al paso que los preceptos del derecho ema-

* En los trabajos anteriores sobre Derecho Romano Bello no desarrolla este título. El texto que trascribimos es de un manuscrito anterior al de los otros títulos de este libro. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

nan de la universalidad de la asociación civil, presidiendo en su ejecución el poder público, que para hacerlos reconocer y observar, emplea medios externos de coacción, siempre que las circunstancias lo exijan.

Ambos, a la verdad, se derivan de la razón, y lejos de estar en oposición entre sí, constituyen partes de un mismo todo, destinadas a completarse mutuamente, y a facilitar de consuno los altos objetos de la existencia humana; mas no por eso deja de ser necesaria la separación de las dos doctrinas, tanto para la ciencia, como para la vida práctica.

La ciencia del derecho, la jurisprudencia, se compone pues de verdades y máximas, destinadas a dirigir las acciones humanas, en cuanto sujetas a los medios coercitivos del Estado.

La palabra *derecho (jus)* en su sentido objetivo abraza las máximas y verdades que se dirigen a realizarlo en la vida, ya tengan ellas una existencia histórica, o solamente especulativa.

En el sentido subjetivo se llaman *derechos (jura)* las facultades humanas que nacen de la idea del derecho, y que el Estado reconoce y protege; puesto que la voluntad general jurídica debe demarcar a cada individuo, de un modo claro y preciso, su círculo de libertad exterior, en esfera de derecho, dentro de la cual puede moverse sin que los otros le estorben, y sin que él mismo invada las esferas de libertad o derecho en que pueden moverse los otros; y mientras no sale del círculo que se le ha trazado, está en su derecho, ejercita sus propios derechos, y el Estado le protege contra toda invasión exterior.

Cada particular está obligado a respetar la esfera de libertad exterior, asignada a cada uno de los demás hombres, y este respeto constituye la *justicia,* que es la conformidad de nuestras acciones al derecho. Recíprocamente, toda invasión de la esfera de libertad ajena, todo voluntario estorbo al ejercicio de los derechos de otro individuo, es un *tuerto,* una injusticia.

El ejercicio de los derechos o facultades de un individuo, reconocidas y protegidas por el Estado, requiere muchas veces no sólo el respeto pasivo de los otros [1].

TÍTULO II

Del derecho natural, el de gentes y el civil *

33. En qué sentido se entiende aquí el derecho. 34. Es divino o humano. 35. División del divino. 36. Qué es derecho natural. 37. Qué es derecho de gentes. 38. Su división en primario. 39. Y secundario. 40. Qué entendemos nosotros por derecho natural. 41. Qué por derecho de gentes. 42. Derecho divino positivo. 43. Derecho humano o civil. 44. Escrito y no escrito. 45. Especies de derecho escrito. 46. Qué es ley. 47. Qué es plebiscito. 48. Origen de los senado-consultos. 49. Qué es senado-consulto. 50. Cuánto duraron. 51. Qué son las constituciones. 52. De cuántas especies. 53. Rescriptos y sus varias especies. 54. Decretos. 55. Edictos. 56. Si los rescriptos tenían fuerza de ley. 57. Si la tenían los decretos. 58. Si los edictos. 59. Privilegios. 60. Qué son. 61. Odiosos o favorables. 62. De persona o de causa. 63. Sólo el soberano concede privilegios. 64. Edictos de los magistrados. 65. Si pudieron hacer ley. 66. Edictos perpetuos. 67. Dictámenes o respuestas de los jurisconsultos. 68. Derecho introducido por ellos. 69. Principalmente las acciones de ley. 70. Y los actos legítimos. 71. Derecho escrito. 72. Fuerza y potestad de la costumbre. 73. Si existen hoy todas esas especies de derecho. 74. Tres objetos del derecho, las personas, las cosas y las acciones.

1 Aquí se interrumpe la redacción de este título en el manuscrito. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

* En los manuscritos de Bello no aparece el título 2º, pero en cambio figura desarrollado en las hojas impresas de la edición inconclusa del Derecho Romano, con correcciones marginales manuscritas de Bello. El plan de las hojas impresas era distinto al de la última redacción del Derecho Romano. Consistía en dar en las páginas pares el texto latino de Heineccio, y en las páginas impares la traducción al castellano. Al final de cada título, Bello le añadía, en forma de notas, el *Comentario* al título. Como del título 2º no tenemos la última redacción de Bello, damos el texto correspondiente al proyecto contenido en las hojas impresas, que es el único que se ha conservado. Parte del *Comentario* a este título 2º lo interpoló, mediante las correspondientes llamadas, al texto del Proemio, de redacción posterior. Como el texto manuscrito del Proemio es incompleto, ignoramos si todo lo que constituye el *Comentario* al título 2º, debería formar parte del Proemio. Publicamos el *Comentario* a este título, TAL COMO APARECE EN LAS HOJAS IMPRESAS, y sólo le añadimos en nota, las adiciones marginales, manuscritas de Bello. Creemos que es útil para comprender cuál era el proyecto de Bello. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

Esta palabra *Derecho* tiene bajo otros respectos un significado muy vario, mas aquí se toma por ley, o más bien por colección de todas las leyes de una especie. Según sean pues las leyes, así será el derecho.

Como las leyes son o *divinas* o *humanas*, es preciso que el derecho sea también o *divino* o *humano*.

El *divino*, según es promulgado por la recta razón o por la Revelación, se dice *Derecho Natural* y de *Gentes*, o *Positivo*. Pero los antiguos no atendieron a esta distinción.

El *natural*, en conformidad con los principios de los Estoicos, lo define Ulpiano, *aquel que la naturaleza ha enseñado a todos los animales;* porque en sentir de los Estoicos el vivir en justicia era vivir según la naturaleza; y siendo ésta común a los hombres con los brutos o peculiar de los primeros, de la naturaleza común derivaban el *Derecho Natural*, y de la propia el *Derecho de Gentes*.

Enseñaban pues que así como el derecho natural era común a todos los animales, el derecho de gentes era sólo común a los hombres entre sí, distinguiéndolo en *Primario* y *Secundario;* si bien estos términos técnicos no fueron conocidos de los antiguos.

Se dice *Primario el que la razón natural* (es decir, no la naturaleza común, sino la que es propia del género humano), *ha constituido entre todos los hombres, y todos ellos uniformemente conservan.*

Secundario, el que se ha introducido por las necesidades y la utilidad de los hombres.

El *Primario* es pues *absoluto* y el secundario *hipotético.*

Así los antiguos; nosotros, que no somos adscriptos al Pórtico, cual si fuese a la gleba, entendemos por *Derecho Natural el que Dios mismo ha promulgado al género humano por medio de la recta razón* (1).

Por *Derecho de Gentes* el mismo *derecho natural aplicado a los negocios y causas de naciones enteras.*

En fin el *Derecho Divino Positivo,* que es *el que Dios ha*

revelado y la recta razón no nos da a conocer por sí sola, o es el común a todo el género humano, o es el propio de la nación judaica; y de aquí es que suele dividirse en *universal* y *particular.*

A este derecho divino se opone el *humano,* llamado también *civil,* que, según Cayo, es el *derecho que cada pueblo ha constituido para sí y que es propio de cada ciudad o Estado.* Por excelencia se llama *civil* el derecho romano o de los Quirites, al modo que la misma Roma solía llamarse por excelencia la Ciudad (2).

Un pueblo libre constituye su derecho *expresa* o *tácitamente:* porque tanto vale que el pueblo declare su voluntad por su voto, como que lo haga de un modo real por los hechos. De donde proviene la diferencia entre el derecho *escrito* y *no escrito* (3).

Entre los romanos, a causa de las mutaciones que de tiempo en tiempo sobrevinieron en la forma de su gobierno, había varias especies de derecho escrito; porque a esto se refieren en las Instituciones de Justiniano: 1º, las *leyes;* 2º, los *plebiscitos;* 3º, los *senadoconsultos;* 4º, las *voluntades de los príncipes;* 5º, los *edictos de los magistrados;* 6º, los *dictámenes o respuestas de los jurisconsultos.* Estas últimas se llamaban *derecho civil* en el más estricto sentido.

Es *ley la que el pueblo romano* (es decir, los patricios y la plebe juntamente, que se llaman también Quirites) *constituía a petición de un magistrado senatorio* (esto es, un dictador, o cónsul, o tribuno de los soldados con potestad consular, o pretor; y esto primitivamente en los comicios por curias, y después por los sufragios de las centurias o de las tribus).

Es plebiscito el que la plebe (separada de los patricios) *constituía a petición de un magistrado plebeyo,* por ejemplo *un tribuno de la plebe* (en los comicios y por los votos de las tribus). Al principio rehusaron los patricios obedecer a los plebiscitos, pero después se dio a éstos igual autoridad que a las mismas leyes, en virtud de la ley *Horacia* establecida

el año de la fundación de Roma 304, de la *Publilia* (año de Roma 414), y de la Hortensia (456) (4).

Los *Senadoconsultos,* durante la república libre, eran *decretos del senado sobre las cosas encomendadas al cuidado de aquella ilustre corporación.* Pero después que Tiberio, echando por tierra la antigua forma legislativa, trasladó del *Campo* a la *Curia* las votaciones de las leyes, no se dudó ya que el senado tenía la facultad de dictarlas.

El senado, pues, representaba desde entonces al pueblo y a los comicios; y el *Senadoconsulto* podrá por consiguiente definirse *derecho constituido por el senado, en lugar del pueblo, en virtud de una proposición del príncipe o de un cónsul* (5).

Estos senadoconsultos, o según se llaman a veces, derechos constituidos por proposiciones de los príncipes, después de los Antoninos dejaron poco a poco de usarse; habiendo, desde mucho antes, los emperadores, a quienes el pueblo había conferido toda especie de autoridad por la *Ley Regia,* comenzado a establecer nuevos derechos por sus propias constituciones o edictos, como lo prueba un ejemplo de Vespasiano en el Digesto.

Estas *Constituciones* son *las voluntades de los príncipes, que, si ellos quieren, tienen fuerza de ley* (6).

Siendo así, pues, que las constituciones derivan toda su fuerza de la voluntad imperial, y que el emperador se propone en ellas u obligar a todos los ciudadanos, o conferir extraordinariamente a algunos de ellos un beneficio o carga, las llamamos en el primer caso *generales,* como son los *Rescriptos, Decretos,* y *Edictos,* y en el segundo *especiales,* a que pertenecen los *Privilegios,* que no deben servir de ejemplo.

En los *Rescriptos* responde el príncipe ya a los libelos o memoriales de las *partes,* ya a las consultas de los *magistrados,* ya a las peticiones de los gremios o cuerpos: los primeros se llamaban *Anotaciones* o *Subnotaciones,* los segundos *Epístolas,* los terceros *Sanciones Pragmáticas.*

Da *Decretos* el emperador *cuando, conocida una causa entre partes, pronuncia sentencia definitiva* o *auto interlocutorio de plano.*

Finalmente en los *Edictos el príncipe constituye motu proprio un derecho nuevo en beneficio de los ciudadanos todos.* Distínguense pues fácilmente los *edictos* de los *Mandatos,* que, *si bien motu proprio, se dirigen sólo a determinadas personas,* principalmente a los magistrados provinciales.

Del mismo principio, que las constituciones tienen fuerza de ley, si así es la voluntad del príncipe, se deduce: 1º, que los rescriptos no constituyen derecho, si las peticiones a que responden no están fundadas en la verdad, o si no son suscritos por el príncipe, o no expresan el día y el año, o ceden en detrimento de la república, o en daño de tercero.

Síguese también: 2º, que los decretos no constituyen derecho sino entre las partes, salvo que en ellos se proponga el príncipe interpretar un derecho oscuro o dudoso, o mande expresamente que se extienda lo decretado a los casos de la misma especie.

Colígese en fin: 3º, que propiamente los edictos solos constituyen derecho y tienen el carácter de ley; por lo que se les llama *Leyes Edictales Perpetuas, Epístolas Generales,* y *Leyes Sagradas.*

A las *constituciones generales* se oponen las *especiales,* que también se llaman *Privilegios,* como si dijéramos *leyes privadas.*

Son pues los *Privilegios constituciones en que el emperador, según lo merecido, confiere una gracia,* o *impone una pena extraordinariamente, pero sin que sirvan de ejemplo.*

Y de aquí es que los Privilegios o son *odiosos,* en que extraordinariamente se inflige una pena que excede a la de la ley, o *favorables,* que dispensan una gracia en remuneración de algún mérito.

Los privilegios, además, o se conceden a las *personas* o a las *causas;* aquéllos se denominan *personales,* éstos *reales;* aquéllos expiran con la persona, salvo que, según las cos-

tumbres modernas, muerto el marido, pasan algunas veces a la viuda; éstos, al contrario, se trasmiten a los herederos.

Siendo pues constituciones los privilegios, se sigue: 1º, que sólo el soberano los concede; 2º, que no compete a los magistrados la facultad de concederlos; 3º, que toca asimismo al soberano prefinir el modo y límites a los beneficios que confiere (7).

Al derecho escrito pertenecen asimismo los *edictos de los magistrados.* Porque solían los pretores, los procónsules, los ediles curules, y aun otros magistrados publicar, antes de su entrada en la magistratura, el orden y razón según los cuales se proponían fallar en derecho acerca de las cosas concernientes a su jurisdicción. De lo que procedieron los edictos *urbanos* o *pretorios, provinciales* o *proconsulares,* y *edilicios,* a todos los cuales colectivamente se dio el título de derecho *honorario.*

Porque, aunque los magistrados no eran legisladores, sin embargo, gradualmente se tomaron la facultad de auxiliar al derecho y de suplirlo y corregirlo en beneficio común. En este sentido deben entenderse las palabras de Justiniano, cuando llama legisladores a los pretores. De aquí tantas acciones pretorias y edilicias, interdictos, restituciones in integrum, posesiones de bienes; cosas todas que confirmadas por la práctica del foro, obtuvieron, al cabo de una larga antigüedad, el vigor de derecho escrito, especialmente después que se compilaron los *edictos* perpetuos.

El *edicto perpetuo pretorio o urbano* fue compilado bajo los auspicios de Adriano por Salvio Juliano. Ignóranse el autor y edad del edicto *provincial* perpetuo; bien que Dodwel sospecha que éste también salió a luz en el reinado de Adriano, y Ez. Spanheim en el de Marco. Uno y otro perecieron, salvo en cuanto gran parte de ellos fue trasferida al Digesto, al modo que también se han conservado en éste tres edictos edilicios.

Refiérense en fin al derecho escrito *las respuestas de los*

jurisconsultos, esto es, los pareceres de aquellos a quienes era permitido responder a las consultas en derecho.

De las interpretaciones de los jurisconsultos, de sus respuestas, de sus discusiones, nacieron varios puntos de derecho, como la tutela legítima de los patronos, la querella de inoficioso, las acciones útiles, las acciones de ley, los actos legítimos, etc.

Llamábanse *acciones de ley:* 1°, ciertas fórmulas o frases con que los hombres controvertían entre sí sus derechos; 2°, ciertos actos, ya de jurisdicción contenciosa, ya de jurisdicción voluntaria, que, como la manumisión, la adopción, la emancipación, la cesión en derecho, debían expedirse con ciertas fórmulas y rito solemne a presencia del magistrado, ante quien competían.

Por el contrario, los *actos legítimos* eran negocios que debían celebrarse, pública o privadamente, con cierta solemnidad, pero no a presencia del magistrado, ante el cual competían las acciones de ley. Las acciones de ley todas y los actos legítimos en parte, como la mancipación, la aceptilación, la adición de herencia, la opción del siervo, la dación de tutor, no admitían condición, día, ni procurador; ni podían repetirse; ni ejecutarse por el pupilo sin la autoridad del tutor.

Hasta aquí del derecho escrito. *No escrito* o *costumbre* es el derecho introducido por el tácito voto del pueblo (libre todavía la república, o por el tácito consentimiento del príncipe bajo el gobierno monárquico), porque uno mismo es el que da vigor al derecho escrito y al no escrito, es a saber, el soberano de cada Estado, en cuyas manos está el poder legislativo.

Siendo pues la costumbre el derecho introducido por el tácito consentimiento del legislador, se sigue: 1°, que el haberse o no arraigado alguna costumbre en la república, es una cuestión de hecho, el cual debe probarse por el espacio de tiempo en que ha subsistido y la frecuencia de actos uniformes; 2°, que introducida tiene tanto vigor como

la ley misma; 3º, que deroga a las leyes anteriores, y aun puede completamente abolirlas; 4º, que si alguna costumbre repugna a la razón y la moral, se presume no ser aprobada por el legislador.

Y como todas las especies de derecho escrito que se han enumerado nacieron de las mudanzas que sobrevinieron de tiempo en tiempo en el gobierno de Roma, es visto: 5º, que no tienen casi ninguna aplicación en el día. Hoy pues se entiende por *Ley un precepto general del soberano, que impone a los ciudadanos la obligación de arreglar a él su conducta.*

Por lo demás, no hay derecho que no concierna a las *personas*, a las *cosas* o a las *acciones;* por lo que en este libro primero, se trata del *derecho de las personas;* en el segundo, tercero y principio del cuarto, del *derecho de las cosas;* en el capítulo sexto y siguientes del libro cuarto, del *derecho de las acciones.*

Comentario *

(1) El *Pórtico* designa la filosofía de los estoicos, cuyo fundador, Zenón de Chipre, la enseñaba en Atenas a las sombra de un pórtico, el *Pécile,* inmortalizado por ella. Los siervos de una heredad que no solían venderse sin ella se llamaban *adscripti glebae,* y con éstos compara el autor a los partidarios de una escuela de filosofía, que sigue a todo trance las doctrinas de su maestro favorito.

(2) Obligación supone necesariamente *conciencia, moral;* no puede pues concebirse en los brutos; ni por consiguiente derecho; sólo hay en ellos apetitos e instintos. Las obligaciones y derechos que se derivan de ciertos instintos comunes a la especie humana y a los brutos, formaban el

* Respetamos la ordenación dada por Bello a este título poniendo el *Comentario* al final del título, en forma de notas al texto traducido de Heineccio. En este *Comentario* se repiten algunos párrafos ya trasladados por Bello al *Proemio,* pero los respetamos para mantener la unidad del *Comentario* y para poderse dar cuenta de cómo Bello concebía el proyecto de edición del que quedan solamente unas pocas hojas impresas. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

derecho natural propiamente dicho, a diferencia del de gentes, que se suponía consistir sólo en el unánime consentimiento de los hombres, fundado en la recta razón. Ulpiano mismo admite que el derecho no puede jamás considerarse como quebrantado por un animal (*l.* 1 § 3 *si quadr. paup.*). De cualquier modo que los redactores de la Instituta entendiesen el derecho natural en cuanto diverso del derecho de gentes, desde este momento olvidan la distinción, y contraponen el derecho de gentes al civil. Pero fundado el derecho de gentes en el unánime reconocimiento de los hombres, parece a veces admitirse que una institución de este derecho (la esclavitud, por ejemplo, establecida en todas las naciones antiguas) puede ser contraria a la naturaleza; (§ 2. *Inst. de jure pers.*).

Nosotros dividimos el derecho en Divino y Humano; aquél, establecido por Dios; éste, por la voluntad de los hombres. Si el primero nos es conocido por la recta razón, se llama *natural*, y en cuanto regla las obligaciones y derechos de los varios Estados entre sí, *internacional* o *de gentes;* si sólo nos es conocido por la revelación, *positivo*. No debe pues olvidarse que el *derecho de gentes*, según el sentido en que hoy vulgarmente se toma, es el internacional; y según el lenguaje de la jurisprudencia romana, es el que hoy llamamos natural.

Todo hombre que ejercita su razón, reconoce desde luego que *debe* adorar a Dios, amar a sus padres y a su patria, cumplir su promesa y abstenerse de injuriar a los demás hombres, y que *puede* defenderse de una agresión injusta. Esta primera parte es la que los intérpretes llaman *derecho de gentes primario*, porque es anterior a otros preceptos que forman el *derecho de gentes secundario*.

El derecho de gentes primario no era suficiente a los hombres reunidos en sociedad. Instituida la propiedad, nacieron los cambios, la venta, el arrendamiento, el comercio: instituciones del derecho de gentes secundario. Distinción estéril, casi olvidada en el día.

El derecho humano es el que han instituido los hombres. No es uno mismo en todos los pueblos, y sin embargo en ninguno de ellos se diferencia totalmente de lo que es en los otros. De aquí es que en las leyes romanas se distingue una parte que es aplicable a todos, y aun a los extranjeros, y otra que es propia de los ciudadanos. A la primera se llama derecho de gentes (natural), y a la segunda derecho civil por excelencia. Este derecho civil peculiar de que no participaban ni los extranjeros, ni los súbditos mismos de Roma, que no eran ciudadanos romanos, se llamaba derecho *quiritario*, derecho de los *quirites*. Debemos pues distinguir en el derecho civil de los romanos la parte que, derivada del natural, había sido incorporada en su legislación, y la que tenía por única fuente las leyes y costumbres romanas [1].

El *jus quiritarium* consistía, por lo que toca al derecho público, en el *jus civitatis*, que además de la libertad personal con la exención de penas infames, y con garantías peculiares contra la arbitrariedad de los magistrados, comprendía el derecho de sufragio en los comicios o juntas populares, el de la elegibilidad a los cargos públicos, y el *jus sacrorum*, o de los sacrificios y ceremonias sagradas, ya públicas, que se hacían a costa del erario y de que participaba todo el pueblo, ya privadas, que pertenecían exclusivamente a ciertos individuos y familias. La ciudadanía romana era incompatible con otra, y nadie podía perderla sino por su propio consentimiento; pero el dictador Sila, y posteriormente los emperadores, la dieron y quitaron a su arbitrio.

Relativamente al derecho privado, el *jus quiritarium* abrazaba el *connubium* o *jus connubiorum*, que no existía sino entre ciudadano y ciudadana, y aun no indistintamen-

1 En adición manuscrita de Bello, se lee al margen de la hoja impresa:
"A medida que el pueblo romano, asimilándose las naciones conquistadas, iba perdiendo su individualidad, el *jus gentium*, que convenía mejor a la inmensa extensión del imperio y al nuevo estado de cosas, fue creciendo en importancia, hasta que llegó a ser cual se muestra en la legislación de Justiniano". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

te, pues por mucho tiempo fue prohibido el matrimonio entre patricios y plebeyos, entre ingenuos y libertinos, etc. Del *connubium* emanaban la patria potestad, y la agnación. Relativamente a los bienes, el *jus quiritarium* abrazaba el dominio quiritario, la mancipación, la *in jure cessio*, la usucapión, la testamentifacción y la *verborum* y *litterarum obligatio* [1].

(3) Para justificar la distinción entre el derecho escrito y no escrito sube Justiniano al origen del derecho romano, esto es, a las instituciones de los atenienses y lacedemonios, suponiendo que entre los primeros las leyes eran escritas, y entre los segundos se conservaban por la tradición oral. Pero los pretendidos orígenes griegos del derecho romano carecen de fundamento.

Derecho escrito es propiamente el que resulta de una promulgación o declaración *expresa* del legislador, por oposición al derecho no escrito, que resulta de las costumbres o usanzas generalmente observadas, y a que se supone concurrir la tácita voluntad del soberano. La verdadera distinción entre las leyes áticas y las espartanas era, que en Atenas se escribían las leyes, y en Esparta se confiaban únicamente a la memoria de los ciudadanos. Así en Atenas

[1] En adición manuscrita de Bello, se lee al margen de la hoja impresa:

"Estas instituciones existían también, aunque bajo otra forma, en el *jus gentium*, y fueron reconocidas por los tribunales romanos. Admitióse un matrimonio según el *jus gentium*, tan válido como el matrimonio civil, bien que privado de algunos de sus efectos. Al lado de la agnación se admitió la *naturalis cognatio;* al lado de la propiedad *ex jure quiritium*, la propiedad llamada *in bonis;* y al lado de las formas rigorosas de la estipulación (*spondes, spondeo*) formas menos estrictas, accesibles a los que no eran romanos.

"Algunas instituciones son comunes al *jus gentium* y al *jus civile*, como la venta, el arrendamiento, la sociedad, la reparación de perjuicios como consecuencia de un delito, y la tradición como traslativa de la propiedad, y que, según el derecho civil, se aplicaba a las cosas *nec mancipi*.

"El *jus gentium* estaba sujeto a la influencia del derecho civil de los quirites. Si, por ejemplo, éste prohibía el matrimonio en cierto grado de parentesco, el *jus gentium* no lo hubiera permitido en Roma, aunque las leyes de un pueblo extranjero lo reconociesen como válido. A consecuencia del mismo principio, los contratos prohibidos por el *jus civile*, como las deudas de juego, y el préstamo usurario, jamás producían acción. Esta influencia del derecho civil sobre el de gentes constituía un *derecho absoluto*, fundado en el interés público y las buenas costumbres (Savigny)". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

había derecho escrito y no escrito, esto es, derecho expresamente promulgado y derecho consuetudinario; y otro tanto sucedía en Esparta, porque Licurgo, promulgando un cuerpo de leyes positivas y determinadas, dio a los lacedemonios un derecho expresamente declarado, y en este sentido, escrito; el que es probable que fuese también aumentado y modificado por la simple costumbre.

(4) En la creación de una ley se distinguen dos partes; la iniciativa o presentación del proyecto y el acto que acepta el proyecto y lo convierte en verdadera ley. El pueblo no tuvo jamás la iniciativa; los ciudadanos votaban sobre el proyecto que se les proponía por uno de los magistrados, y que la mayoría de los sufragios trasformaba en ley. Mas esta mayoría no era la de los sufragios individuales; el voto de cada ciudadano concurría a formar el voto de la curia, centuria o tribu; y después no se contaban por o contra la ley propuesta sino los sufragios colectivos de las curias, centurias o tribus, según el modo como se juntaba el pueblo para votar en los comicios [1].

En los primeros tiempos de Roma el pueblo votaba por curias; el rey tenía la iniciativa de las leyes. Aceptadas por el pueblo, se llamaban leyes *curiadas*.

El rey Servio Tulio estableció entre los ciudadanos romanos una división nueva. Distribuyólos, según la cuantía de bienes de que habían hecho declaración en las tablas del censo, en seis clases, que formaban, entre todas, 193 centurias, de las cuales pertenecían a la clase más rica, la primera de todas, no menos que 98; al paso que la última clase, compuesta de los ciudadanos más pobres, y en especial de los proletarios, que llevaban a las tablas del censo un nombre sin bienes algunos, formaba una sola centuria, y no tenía más que un voto entre los ciento noventa y tres

[1] En adición manuscrita de Bello, se lee al margen de la hoja impresa:
"Roma fue al principio dividida en tres *tribus* y cada tribu en diez curias. El número de las tribus llegó después a treinta y cinco; unas urbanas y otras rústicas. El de curias permaneció invariable". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

del pueblo. Así se votaba en los comicios centuriados la ley (*lex*) propiamente dicha, llamada también *populiscito*, porque a esta reunión de los ciudadanos, presididos por un dictador, un cónsul, o un pretor (magistraturas senatorias, esto es, ejercidas necesariamente por senadores) era a la que se daba rigorosamente el nombre de *pueblo* (*populus*) [1].

Las tribus eran 35, división que no tenía nada de común con las curias ni con las centurias. Todos los ciudadanos podían votar en ellas, aunque sólo eran convocados los plebeyos para aceptar o rechazar la iniciativa de los tribunos de la plebe, magistratura que no podía ser ejercida por ningún patricio. Las resoluciones del pueblo reunido en tribus se llamaban *plebiscitos*, porque a este especie de reunión se daba propiamente el nombre de *plebs*.

La presentación del proyecto, o por un magistrado senatorio al pueblo, o por un tribuno de la plebe a las tribus, se llamaba *rogatio*, por la fórmula de que se valía el magistrado para proponerlo: *Rogo vos, Quirites, velitis, jubeatis:* Ruégoos, Romanos, que queráis y ordenéis. Los plebiscitos no obligaban al principio a los patricios; pero posteriormente se les dio la fuerza de ley universalmente obligatoria; primero por la ley *Horacia* en 305, propuesta por el cónsul M. Horacio; después por la ley *Publilia* a propuesta del dictador Publilio Filón, en 414; y definitivamente por la ley *Hortensia* en 468, a propuesta del dictador Hortensio. Desde entonces tomaron los plebiscitos el nombre de leyes, porque tenían toda la fuerza de tales; y la distinción de *populus* y plebe vino a ser de poca importancia.

(5) Las facultades del Senado bajo le República eran casi puramente administrativas: el Senado era en rigor un consejo de Estado. Habiendo crecido inmensamente el número de los ciudadanos, puesto que se extendió la ciudada-

[1] En adición manuscrita de Bello, se lee al margen de la hoja impresa: "La votación por tribus, institución arrancada a la aristocracia por el pueblo, principió bajo la república, el año 260 de Roma. Todos los ciudadanos podían votar en ellas sobre las proposiciones de los tribunos de la plebe, magistratura nueva, que no podía ser ejercida por ningún patricio". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

nía romana no sólo a muchos particulares domiciliados a gran distancia de Roma, sino a ciudades y naciones enteras, de las que Roma había sometido a su imperio, vino a ser imposible la reunión de una gran parte de los ciudadanos en el Foro o en el campo Marcio, donde se celebraban los comicios; y de aquí tomaron ocasión los emperadores para suprimir poco a poco las asambleas populares, sustituyendo a ellas las deliberaciones del senado, que hizo entonces en la legislación un papel importante. La iniciativa pasó al príncipe: su proposición *(oratio principis)* era convertida en ley por el sufragio de los senadores, que, sin embargo, no hay ejemplo de que rechazaran jamás un proyecto imperial; y de aquí es que los jurisconsultos no hacen diferencia entre la proposición (*oratio*) y el senadoconsulto mismo. La iniciativa, con todo, no era tan peculiar del príncipe, que no la ejerciese a veces un mero senador y en especial un cónsul. De día en día fueron dejando los emperadores de consultar al senado, pero sin despojarle expresamente de la atribución legislativa. Aun en tiempos posteriores a Adriano conservaban algunos restos de ella, no sólo el senado, sino el pueblo, que continuó largo tiempo deliberando sobre ciertas materias de interés privado, especialmente sobre las arrogaciones.

(6) La voluntad del príncipe, aun sin la formalidad de la aprobación del senado, tenía fuerza de ley (§ 6 *Inst. de jure nat.; Caj.* I, 5); no se miraba pues la atribución legislativa de los emperadores como derivada de la del senado, sino como inherente al cargo supremo de que los había revestido la ley, esto es, la voluntad del pueblo. Ulpiano (*l.* 1 *de constit. princip.)* asegura que por la *ley regia* el pueblo había trasferido todo su poder al príncipe; de lo que pudiera colegirse que al establecerse el imperio se despojó el pueblo, una vez por todas, de la autoridad legislativa, pasando ella desde entonces de mano en mano a los sucesores de Augusto. Mas a esto se objeta: 1º, que el pueblo no dejó de ejercer el poder legislativo después de establecido el im-

perio; y 2º, que los emperadores tardaron largo tiempo en usar de él, si, como se dice, fue Adriano el primero que expidió constituciones. Parece pues que el pueblo no acordó jamás la pretendida ley regia.

Pero no es exacto que las primeras constituciones hayan sido de Adriano, pues aunque no las haya anteriores a este príncipe en el Código Justiniano, el Digesto y la Instituta mencionan varias de Claudio, Tiberio, Augusto, y hasta del mismo Julio César. Los emperadores tuvieron desde el principio la facultad de hacer leyes; pero sin que por eso dejase de ejercerla el pueblo por sí mismo en los comicios, o por medio del senado, que le representaba. El pueblo no cedió sino comunicó este poder a los príncipes, que después se lo arrogaron exclusivamente. En cuanto a la *ley regia,* se designaron probablemente con esta denominación colectiva las que dieron a Octavio el título de Augusto, el sumo pontificado, la autoridad tribunicia, y todas las otras funciones que reunidas al mando supremo militar constituian bajo otro nombre una verdadera dictadura; concesión que renovada a cada nuevo reinado, dejó al fin de serlo expresamente, aunque siempre se miró como la fuente de la autoridad imperial.

(7) Llámanse propiamente constituciones: 1º, los *rescriptos* o cartas *(epistolae),* decisiones del príncipe sobre cuestiones particulares, sin conocimiento de causa, indicando a los magistrados las reglas a que debían ajustarse en ciertas hipótesis cuya realidad tocaba a ellos averiguar; 2º, los *decretos,* sentencias definitivas, pronunciadas por el emperador, previo conocimiento de los hechos; y 3º los *edictos,* verdaderas leyes promulgadas por el emperador motu proprio, para que sirvan de regla en adelante. Pero sucede también que los príncipes estatuyen para casos particulares, imponiendo un castigo extraordinario, o concediendo una gracia; y estas constituciones se llaman *privilegios,* es decir, leyes privadas, por oposición a aquellas que establecen reglas generales.

(8) Cuando un magistrado falla definitivamente sobre una causa no establece regla general, no hace ley. Pero ciertos magistrados romanos gozaban de un poder más extenso; pues establecían para lo venidero y en forma de ordenanza o reglamento los principios a que se proponían conformarse en la administración de justicia: tal era el objeto de sus edictos. Los de dos pretores que administraban justicia en Roma, el uno a los ciudadanos, y el otro a los peregrinos, esto es, a los súbditos de Roma, que no gozaban de la ciudadanía romana (de donde los títulos de *pretor urbano* y *pretor peregrino*), fueron los más célebres e importantes de todos. Otros magistrados, y principalmente los ediles curules, publicaban también edictos, pero sólo *ex certis causis*, sobre ciertas materias especiales.

Los edictos pretorios tuvieron grande autoridad. Esta legislación anual tenía la inmensa ventaja de acomodarse gradualmente a los progresos de la civilización y de adaptarse a las costumbres, aplicando el antiguo derecho con las modificaciones que las nuevas ocurrencias y necesidades de tiempo en tiempo exigían. En ciertos puntos confirmaban el derecho antiguo; en otros evitaban su ejecución literal. No derogaban abiertamente a la ley, pero templaban su rigor, y precavían sus inconvenientes por medio de ficciones legales, cuya equidad y sabiduría tendremos bastantes ocasiones de apreciar. Gradualmente llegaron así a establecer reglas nuevas y a formar un derecho distinto, que robustecido por una larga práctica, y adoptado por los emperadores, dio a la legislación un carácter más equitativo y suave.

Al principio los magistrados que habían promulgado un edicto podían alterarlo y derogarlo. La ley Cornelia (plebiscito a proposición de C. Cornelio), les quitó esta facultad el año 687 de Roma. Desde entonces fue inmutable para cada magistrado el edicto que publicaba al principio de su magistratura anual; pero el magistrado que el año siguiente le sucedía no estaba obligado a observarlo; antes renovándolo ingería en él las adiciones y correcciones que juzgaba

oportunas. Estos edictos que sólo podían renovarse una vez cada año se llamaron *perpetuos*, por oposición a los edictos *repentinos*, que antes sólo tenían una autoridad momentánea.

Mas cuando los edictos así trasmitidos, renovados, aumentados, corregidos, se hubieron acumulado durante cierto número de años, debió sentirse la necesidad de refundirlos incorporándolos en uno. Este trabajo fue ejecutado en tiempo de Adriano por un pretor célebre, Salvio Juliano, uno de los primeros jurisconsultos romanos. Su edicto se llamó [1],

Título III

Del derecho de las personas *

1. División objetiva del derecho, derecho de las personas, derecho de las cosas y derecho de las acciones. 2. División de los derechos sujetivos en *jura in re* y *jura ad rem*. 3. Personas naturales y jurídicas; diferentes grados de capacidad. 4. Principio de capacidad, nacimiento. 5. Fin de la capacidad, muerte. 6. Dos ideas fundamentales relativas a la capacidad, *connubium*, *commercium*. 7. División de los hombres en libres y esclavos. 8. Incapacidad del esclavo. 9. Restricciones de esta incapacidad. 10. Subdivisión de los libres en ciudadanos, latinos y peregrinos.

1

Nuestros derechos pueden tener por objeto una persona, una cosa, o una acción.

Los derechos que nos competen sobre una persona, o son:

Sobre nuestra propia persona, puesto que el Estado re-

[1] Aquí terminan las hojas impresas. (Comisión Editora. Caracas).

* El comienzo de la redacción está tachado:

"Los derechos primarios pueden considerarse como primarios o secundarios.

Los derechos primarios son los que tenemos con relación a otros.

El derecho sujetivo es la pretensión reconocida y garantida por el Estado, entre una persona y un objeto determinado; en virtud de la cual el objeto se halla sometido bajo algún respecto a la voluntad de la persona". (Comisión Editora. Caracas).

conoce y protege ciertas cualidades personales nuestras, que son de mucha importancia para nosotros, como nuestra calidad de ciudadanos, de hombres libres, de hijos legítimos;

O sobre personas distintas de nosotros, como nuestros hijos, padres, consortes.

Los derechos que nos competen sobre las cosas o son:

Sobre cosas verdaderamente tales, en cuanto se hallan sujetas, directa e inmediatamente, a nuestra voluntad y dominación; y entonces esos derechos se llaman derechos *en las cosas*, derechos *reales;*

O sobre acciones y prestaciones determinadas de otras personas, a quienes podemos exigirlos, aunque no tengamos potestad sobre tales personas, sino en cuanto a la acción o prestación de que se trata, ejecutada la cual queda extinguido el derecho. Los que tenemos a esas acciones y prestaciones, se llaman *derechos personales,* porque miran directa e inmediatamente a determinadas personas, y se conocen también con el título de obligaciones o de créditos [1].

Pero además de todos estos derechos, que pueden llamarse primarios, hay otros que naciendo de ellos, y estando destinados a defenderlos, pudieran apellidarse accesorios o secundarios. Como nuestros derechos están expuestos a ser embarazados o turbados por la injusticia de otras personas, y no nos es permitido valernos de nuestra fuerza propia para sostenerlos, tenemos que invocar la intervención de la autoridad pública para que remueva los obstáculos, y el primer paso es recurrir a los funcionarios encargados de la administración de justicia *(magistratur juri dicundo)* a fin de que oigan nuestras querellas y pronuncien sobre ellas su

[1] En el manuscrito al margen, figura una interpolación que debía ir a continuación del texto, pero que fue tachada para ser puesta más adelante, con redacción diferente:

"Toda relación de derecho nos muestra de un lado una persona determinada que le sirve de sujeto, y del otro lado, o una persona también determinada que nos debe alguna acción o prestación, o todos los otros hombres indistintamente, que están obligados a respetar nuestras calidades personales o nuestra dominación de las cosas. En el primer caso la relación de derecho nos da un derecho personal, en el segundo un derecho real". (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

juicio. Este procedimiento en que una persona ocurre a la autoridad competente invocando su auxilio para el reconocimiento y protección de su derecho se llama *acción* (en sentido diferente del de las acciones o prestaciones de que acabamos de hablar) (a).

Justiniano, a imitación de Cayo, distribuye la materia de sus Instituciones en tres partes: la primera trata del derecho objetivo en cuanto mira a las personas; la segunda trata de las cosas propiamente dichas y de las prestaciones o acciones; la tercera versa sobre los derechos secundarios llamados acciones *(Caj.* I, 8; *pr. Inst. de jure person.; 1.* 1 *de statu hom.)* [1].

2

Toda relación de derecho, cualquiera que sea su objeto, nos muestra de un lado una persona determinada que le sirve de sujeto, y del otro lado, o una persona también determinada, que debe una acción o prestación, o todos los otros hombres indistintamente, como obligados a no embarazar la actividad del sujeto en la esfera que le pertenece.

En los derechos reales *(jura in re)* la relación del sujeto es con todos los otros hombres indistintamente, porque a todos ellos incumbe no invadir ni embarazar nuestra actividad en la dominación absoluta o parcial que nos pertenece sobre ciertas cosas. Pero en nuestros derechos a prestaciones o acciones *(jura ad rem, nempe ad rem aliquam ab aliquo faciendam vel praestandam)* la relación del sujeto es con la persona determinada que debe la prestación o acción.

(a) MAREZOU, *deuxième part.* § 40-42.

1 Al margen del texto figura un párrafo que Bello pensaba intercalar a continuación, pero que luego fue tachado:

"El fin del derecho es que cada uno tenga lo que le pertenece. Las personas *(quarum gratia constitutum est)*, son su principal objeto y aun pudiera decirse el único, y habiendo diferentes clases de derechos para diferentes clases de personas, es preciso comenzar por éstas. Síguese luego hablar de las cosas en cuanto objetos de nuestros derechos. Y últimamente de las acciones o remedios legales que debemos emplear para mantenernos en el goce de todo aquello que nos pertenece" (b). (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

(b) DU CAURROY, *hoc. tit.*

¿Pero a cuál de estas dos clases de relaciones pertenecen los derechos sobre las personas? Excluido el esclavo, que en el derecho romano es verdaderamente una cosa, restan los derechos sobre nosotros mismos y los derechos de familia. Unos y otros son protegidos contra todo invasor o turbador, y bajo este respecto son análogos a los *jura in re*.

Como los derechos de familia establecen relaciones particulares entre hombre y hombre, los reducen algunos a los derechos personales (*jura ad rem*). Pero éstos tienen por objeto un acto individual, mientras que los otros abrazan la persona entera del individuo, como hijo, padre, esposo, pariente. Además la materia de la obligación o crédito es arbitraria de suyo; al paso que la materia de las relaciones de familia es dada por la naturaleza, y rigorosamente determinada por la ley. En fin, la obligación o crédito es temporal; y las relaciones de familia permanentes.

Con todo, como el objeto de un derecho de familia es de ser libre, [.....] que pudiese embarazarlo o desconocerlo, es preciso a veces que intervenga la ley sometiéndole a la voluntad ajena, y compeliéndole a las prestaciones individuales comprendidas en el derecho; la relación será entonces análoga a los *jura ad rem*. (b)

3

La capacidad de derecho es lo que constituye la persona.

La idea primitiva de persona, o sujeto del derecho se confunde con la idea de hombre; pero el derecho positivo puede modificarla, rehusando a ciertos individuos la capacidad de derecho, o creando artificialmente personas jurídicas.

Divídense pues primeramente las personas en naturales

(b) Sobre la filosofía de la clasificación del derecho véase a Savigny, lib. II, cap. 1, de donde se han tomado algunas de las ideas precedentes.

y jurídicas. En éste y todos los títulos que siguen del libro primero se trata de las personas naturales. De las jurídicas trataremos en un apéndice al fin del libro.

En las personas naturales hay diferentes grados de capacidad, desde la casi absoluta privación de ella hasta su mayor perfección; y en esta variedad de grados de la capacidad consiste el *estado* de las personas.

4

La capacidad de derecho principia en el nacimiento; y termina en la muerte.

El nacimiento es una condición precisa de la capacidad de las personas naturales, y produce efectos importantes, que hacen necesario distinguir el verdadero del aparente.

Nacimiento verdadero es el que reúne las condiciones siguientes: 1º, que el niño se haya separado completamente de la madre; 2ª, que dé señales de vida después de la separación, un momento que sea; 3ª, que tenga la forma de la especie humana: *ad nullum declinans monstrum vel prodigium* (*l.* 3 *C. de posth.*); bien que no se requiere una forma perfecta (*l.* 12 § 1 *de liberis et posth.*). La última condición se exige sólo para la capacidad del niño y los premios de la maternidad, no para la exención de las penas a que estaban sujetas las que no tenían hijos (Paul. IV, 9 § 3; *l.* 14 *de statu hom.; l.* 135 *de* V. S.); distinción que renueva la aparente contradicción de los textos. (Savigny, *Droit Romain*, L. II, chap. 2, § 61).

La capacidad natural principia con el nacimiento completo, pero antes del nacimiento trascurre un tiempo en que el niño vive ya, aunque su vida está ligada a la de la madre. Hay textos que dicen formalmente que durante la gestación el niño no tiene existencia propia, y debe considerarse como una parte de la madre (*l.* 9 § 1 *ad leg. Falcid*, *l.* I § 1 *de inspic. ventre*); otros textos lo asemejan al niño

nacido (*l.* 26 *de statu hom., l.* 231 *de V. S.*); de donde el principio moderno *Nasciturus habetur pro nato.* Este segundo concepto es una ficción que se aplica dentro de límites estrechos específicamente determinados. Al no nacido se supone existente en derecho *cum de ipsius jure quaeritur, aliis autem non prodest, nisi natus sit,* (*dicta l.* 231). Carece de toda capacidad, puesto que no puede tener propiedad, ni créditos, ni deudas; no se le da tutor; no se llama pupilo. Pero en consideración a la vida de que se espera ha de gozar, se le protege por leyes penales contra la madre que se hace abortar, y contra los cómplices de este delito; se le protege por leyes de policía (como la ley regia, que ordena la extracción del feto después de la muerte de una mujer preñada, y como las leyes que más tarde ordenaron diferir hasta después del parto el suplicio de la preñada o la aplicación del tormento); y relativamente a los derechos futuros del niño se prescriben las reglas siguientes:

1ª El estado de un niño procreado en legítimo matrimonio se determina por la época de la concepción; por lo que, si la madre durante la gestación, pierde la libertad o la ciudadanía, el niño, sin embargo, nace ciudadano romano y bajo la potestad del padre; *l.* 18, 26, *de statu hominum*); y el hijo legítimo de un senador goza de todos los privilegios de tal, aunque durante la gestación muera el padre o pierda su dignidad; (*l.* 7 § 1, *de senatoribus*). Al contrario, el estado del hijo procreado fuera de legítimo matrimonio se determina por la época del nacimiento; (Cajus, I, 89-91); bien que en favor de la libertad se estableció desde muy temprano, que el niño naciese libre, si lo había sido la madre al tiempo de la concepción, o del parto, o en cualquier momento intermedio; (*pr. I de ingenuis*).

2ª Si durante la preñez se abre un derecho a que el niño sería llamado si hubiese nacido y viviese, se le reserva hasta su nacimiento; (*l.* 26 *de statu hom.; l.* 3 *si pars her., l.* 7 *pr. de rebus dub.; l.* 36 *de solutione*).

El pretor instituyó a este efecto una *bonorum possessio*

ventris nomine, que permite tomar en los bienes de la sucesión, sin cargo de restitución, las cosas necesarias a la manutención de la madre, como indispensable a la del hijo; y manda se nombre curador al vientre y a los bienes (*tit. de ventre in posses. mitt., l.* 20 *de tutor. et cur.*) y como se ignora si nacerá uno o más hijos, se supone provisoriamente que nacerán tres; pero verificado el parto, se distribuyen los bienes según el número de herederos vivos: (*l.* 3, 4, *si pars; l.* 7 *pr. de rebus dub.; l.* 36 *de solutione*).

5

La capacidad termina a la muerte. Una persona ausente, esto es, que dejó su último domicilio, y de quien por muchos años no se ha tenido después noticia alguna, puede ocasionar dificultad. En derecho romano no se considera la cuestión bajo una forma general; pero se ha establecido modernamente una costumbre, que puede mirarse como generalmente adoptada. El ausente se presume muerto luego que han corrido setenta años contados desde su nacimiento; y si era septuagenario al tiempo de desaparecer, la presunción de su muerte principia cinco años después. El ausente se presume morir en el momento mismo en que principia la presunción legal. (Savigny L. II, c. 2, § 63).

Si dos personas han perecido en un mismo acontecimiento, como en una batalla, en el incendio o ruina de una casa, y no se sabe cuál de ellas ha sobrevivido a la otra (conocimiento que a veces importa, sobre todo en materia de sucesión por causa de muerte), el derecho romano establece presunciones legales a falta de pruebas.

La presunción general es que ambas han perecido en un mismo momento (*l.* 9 *pr.*, § 3, *l.* 16, 17, 18, *de rebus dub.; l.* 34 *ad sc. Trebell.; l.* 32 § 14 *de don. int. vir.; l.* 26 *de mortis causa don.*).

Esta regla sufre excepción cuando un niño perece con su

padre o madre; si es impúber, se presume que ha muerto primero; si púber, al contrario: (*l.* 9 § 1, 4; *l.* 22, 23, *de rebus dub.; l.* 26 *pr. de pactis dot.*).

Y esta excepción misma está sometida a dos restricciones: 1ª, si un liberto perece con su hijo, se presumen muertos a un mismo tiempo, sea el hijo púber o impúber; lo cual se estableció en favor del patrono, cuyos derechos a la sucesión habrían sido menoscabados por la supervivencia del hijo; (*l.* 9 § 2, *de reb. dub.*) ; 2ª, lo mismo debe decirse cuando el testador ha gravado a su heredero con un fideicomiso bajo la condición *si sine liberis decesserit:* así, pereciendo el heredero en un naufragio con su hijo único, se presume la simultaneidad de las dos muertes, aunque el hijo sea púber; de que se sigue que no habiendo sobrevivido el hijo, tiene lugar la condición, y se debe el fideicomiso (*l.* 17 § 7 *ad sc. Trebell.*).

Si la anterioridad del fallecimiento del impúber es una presunción legal fundada en lo débil y delicado de esta edad, como parece a primera vista, ¿no deberá extenderse la regla respecto de otras personas que los padres, y fuera del caso de muerte violenta en un mismo acontecimiento? Savigny decide negativamente. (*Loco. cit.*).

6

Pasando ahora a las restricciones de la capacidad natural, debemos enumerar tres grados; la privación de la libertad, la privación de la ciudadanía romana, y el estado de dependencia en el seno de la familia, en virtud de la cual el hombre, aunque libre y ciudadano, no es *sui juris,* sino *alieni juris.* Dos ideas fundamentales, traducidas por los términos técnicos *connubium, commercium,* facilitan la apreciación general de la capacidad en sus diferentes grados.

Connubium designa la capacidad de contraer un matrimonio romano; y como de este matrimonio procede la patria potestad, y de ésta el parentesco romano (*agnatio*), como

del parentesco romano la antigua sucesión ab intestato, ya se echa de ver lo que influye el *connubium* en la capacidad del individuo.

Commercium significa generalmente la capacidad de comprar y vender, pero en su sentido técnico designa sólo la capacidad del contrato simbólico llamado mancipación, de la que depende la propiedad perfecta *(ex jure quiritium)*, la *in jure cessio*, la usucapión, la reivindicación rigorosa, el derecho a las servidumbres que entran como la propiedad en el *jus quiritium*, la *verborum obligatio, spondes? spondeo*, la *litterarum obligatio*, y en fin la testamentifacción, que comprende la capacidad de hacer testamento o codicilo, la de ser nombrado heredero, legatario, o fideicomisario, y la de ser testigo en un acto de última voluntad.

Pero debe notarse que la capacidad concedida o negada con esas dos palabras, es relativa al *jus civile*, no al *jus gentium*. Así aquel a quien se niega el *connubium*, puede ser capaz de matrimonio según el *jus gentium*, y la exclusión del *commercium* no acarrea de suyo la incapacidad de la propiedad *in bonis* (Savigny, II, 2, 63).

7

La primera división de las personas relativa a la capacidad es en esclavos *(servi)* y libres *(pr. Inst. de jure pers.*; Caj. I, 8; *l.* 1 *de statu. hom.*).

El esclavo es, pues, verdaderamente una persona, aunque bajo muchos aspectos se asemeja a las cosas (*l.* 215 *de* V. S., *l.* 22 *pr. de* R. J., *l.* 6 § 2 *de usufr.*).

Es siervo el que nace de sierva, que lo ha sido desde la concepción hasta el parto, sin que en todo ese tiempo haya tenido un momento de libertad.

Se hace sierva la persona libre cautivada en guerra legítima (*justum bellum*), esto es, de nación a nación (*l.* 118 *de* V. S.*)*, porque la que cae en manos de salteadores o piratas continúa libre de derecho, aunque sometida a la voluntad

ajena por la fuerza (*l.* 19 § 2 *de capt. et postlim.*); y lo mismo debe decirse de los que han sido hechos prisioneros en guerra civil (*l.* 21 § 1, *eodem*).

Se perdía además la libertad en varios casos previstos por la ley. De los que no subsisten en la legislación de Justiniano, el más conocido es el de la mujer libre que cohabitaba con siervo ajeno; la cual, si contra la voluntad y las intimaciones del dueño permanecía en semejante unión, se hacía esclava del dueño (Paul. *Sentent.* II, 21, § 1 *et seq.;* Caj. Inst. I, 91, 160) (a). Esta era una de las disposiciones del Senadoconsulto Claudiano, y fue abrogada por Justiniano (*l. un. C. de Sc. Claudiano*).

En la Instituta no aparecen más que tres casos en que por disposición de la ley se pierde la libertad.

1. Nadie puede despojarse de ella por contrato (*l.* 37 *de liber. causa, l.* 6, 10, 24, 39 *C. eodem*). Pero a veces un hombre libre se dejaba vender por esclavo para engañar al comprador, participando en el precio, y reclamando después la libertad, a que no podía perjudicar la venta. A fin de reprimir este fraude, se dispuso en senadoconsultos, y entre ellos el Claudiano, que valiese la venta, si el comprador había estado de buena fe, y el supuesto esclavo, cómplice del fraude, y partícipe del precio, era mayor de veinte años (§ 4 *Inst. de jure pers., l.* 5 § 1 *de statu hom.*).

2. Si el liberto se muestra ingrato para con el patrono, puede hacérsele volver a la esclavitud bajo el mismo dueño (§ 1 *Inst. de cap. demin.,* l. 2 *C. de libert. et eorum*); lo que sólo se concede cuando la manumisión ha sido voluntaria, no *ex causa fideicommissi* (*l.* 1 *C. eod.*).

3. Toda persona condenada a morir peleando con las fieras, o a otra pena de muerte o a trabajo perpetuo en las minas, pasaba a la condición servil desde el momento de la sentencia (§ 3 *Inst. Quibus mod. jus patr.; l.* 6 § 6 *de injust. rupt.; l.* 8 § 8, *l.* 10 § 1, *l.* 28 § 6, *l.* 29 *de poenis*). Los condena-

(a) Véase también la *l.* 27 *depos.,* y *Caj.* I, 84; en que aparece que era permitido el contubernio de la libre y el siervo con la voluntad del dueño.

dos que se hacían de este modo esclavos, no tenían más dueño que la misma pena, y se les llamaba *servi poenae* (*l.* 17, *eod.*, *l.* 12 *de jure fisci.* (a) Los que sufrían la pena de trabajo perpetuo en obras públicas, perdían sólo la ciudadanía, conservando la libertad (*l.* 17 § 1 *de poenis*).

8

La falta de libertad produce una incapacidad casi completa, no sólo en cuanto a las instituciones del derecho civil, sino a las del derecho pretorio y del *jus gentium*. Así no hay para los esclavos propiedad de ninguna especie, pues cuanto adquieran, de cualquier modo que sea, es para su dueño (§ 3 *Inst. per quas personas*), ni cabe en ellos matrimonio ni parentesco (*l.* 1 § 2 *unde cogn.*; *l.* 10 § 5 *de gradibus*). La cohabitación de dos siervos o de un siervo con una persona libre, se llama *contubernio*, y ni ella ni el parentesco natural que de ella nace, producen efecto alguno ante la ley, excepto el de impedir el matrimonio dentro del grado prohibido (§ 10 *Inst. de Nupt.*; *l.* 14 § 2 *de rito nupt.*). Justiniano, con todo, dispuso que el parentesco servil se tomase en consideración para suceder *ab intestato*; si, por ej. un esclavo ha tenido hijos, y adquieren la libertad el padre y los hijos, son llamados éstos a suceder al padre y entre sí (§ 10 *Inst. de grad. cogn.*).

La incapacidad se extiende aun a los esclavos sin dueño (*l.* 36 *de stipul. serv.*). Es esclavo sin dueño: 1º, el siervo de la pena, pues no pertenece al Estado, como pudiera parecer a primera vista (*l.* 17 *pr. de poenis*, *l.* 3 *de his quae pro non script.*, *l.* 25 § 3 *de acquir. hered.*, *l.* 12 *de j. fisci*). (b) 2º, el esclavo abandonado por su dueño (*d. l.* 36, *l.* 38 § 1 *de nox. act.*, *l.* 8 *pro derelicto*). (c) 3º, el romano prisionero

(a) Por el derecho novísimo fue abolida esta especie de servidumbre. (*Nov.* 22, *C.* 8).

(b) El concebido y nacido de madre que era sierva de la pena, era siervo del fisco (*l.* 24 § 5, 6 *de fideic. libert.*).

(c) El esclavo enfermo, arrojado de la casa, y abandonado por su dueño adquiría la libertad latina, por edicto de Claudio (*l.* 2 *qui sine manum.*, *l.* un. § 3 *C de latina lib. toll.*).

de guerra, puesto que no se reconoce dominio ni otro derecho alguno en el enemigo. El esclavo cuyo usufructo ha adquirido un tercero, se reputaba *servus sine domino,* si era manumitido por el propietario (Ulp. I, 19). Pero Justiniano le constituye liberto de propietario, con la facultad de hacer suyo y dejar a su posteridad cuanto adquiera, salvos los derechos del patrono y del usufructuario (*l.* 1 *C. Comm. de manum.*) (a).

La relación entre el amo y el esclavo tenía dos caracteres jurídicos diferentes, aunque unidos, el *dominio,* en virtud del cual el esclavo, asemejado a una cosa, podía ser vendido, empeñado, reivindicado; podía ser objeto de usufructo y uso; y la *potestad,* que colocaba al esclavo en la familia, y era análoga a la potestad paterna, haciéndole incapaz de adquirir sino para su dueño, y concediéndole la esperanza de ser libre por la manumisión, como el hijo por la emancipación. Pero en el esclavo subsiste la incapacidad, aun cuando faltan por un accidente la potestad y el dominio, como sucede en los esclavos sin dueño (b). De aquí es que se tiene por no escrito lo que se deja al siervo de la pena, como no sea por causa de alimentos, y lo mismo sucede con la institución de heredero, aunque la condenación sea posterior al testamento, (*l.* 3 *de his quae pro non scr.*). Semejantes actos, no pudiendo aprovechar a nadie, son de todo punto inválidos.

9

Pasemos a las restricciones que modifican esta incapacidad.

Ya se ha dicho hasta qué punto produce efectos jurídicos el parentesco del esclavo (c).

(a) La condición del *servus fisci* no era tan dura como la del *servus pœnæ,* cuya esclavitud no terminaba ordinariamente sino con la muerte, a no ser que el príncipe le indultase. Mas en este caso era de mejor condición que el *servus fisci,* pues adquiría la ingenuidad. Podía también pasar por gracia del príncipe a *servus fisci.* Savigny II, cap. 1, § 55.

(b) SAVIGNY, *ibid.*

(c) N. 8.

Relativamente a la propiedad y a los derechos reales, la incapacidad es absoluta.

En cuanto a obligaciones o derechos personales, cuando un esclavo ejecutaba actos que en un hombre libre hubieran originado obligaciones podía tratarse de la eficacia de tales actos antes o después de la manumisión. Durante la esclavitud no cabe obligación civil, puesto que el esclavo era incapaz de parecer en juicio como actor o reo; pero caben obligaciones meramente *naturales;* es decir, que no dan lugar a *acciones,* y sólo suministran *excepciones.*

Si se trata de créditos, como cuanto adquiere el esclavo es para su dueño, no es posible que sus actos, mientras tiene cabida este principio, produzcan obligación alguna a su favor ni natural siquiera. Mas donde falta el principio, como en los siervos sin dueño, o en los pactos que miran exclusivamente al beneficio personal del siervo, para cuando haya dejado de serlo, puede constituirse curador, adquiriendo una mera *naturalis obligatio,* que ni aun después de la manumisión tomará el carácter de *civilis;* pero que dará entonces lugar, no a la *exceptio pacti* (puesto que los pactos del siervo no le aprovechan jamás, aun cuando adquiera la libertad), sino a la *exceptio doli,* fundada en la mala fe de la persona con quien ha pactado: (*l.* 7 § 18 *de pactis*). El caso a que se refiere este texto hará concebir la regla. El amo bajo cierta condición manumite por testamento e instituye heredero al esclavo; el cual, antes de cumplirse la condición, y por tanto, en el estado de servidumbre, celebra un convenio con los acreedores hereditarios, por el que se obligan éstos a contentarse con la mitad de sus créditos. Libre y heredero el esclavo en virtud de haberse verificado la condición, ¿podrá oponer a la demanda *in solidum* la *exceptio pacti?* No, dice Ulpiano; porque *non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem; quod in pacti exceptione admittendum est.* Pero bien puede oponer la excepción de dolo.

Otro caso hay en que es dado al siervo constituirse acreedor, que es cuando el amo mismo se hace deudor suyo. Pues

si se trata de averiguar el valor del peculio respecto de acreedores extraños, se imputan al peculio las deudas del amo para con el siervo (*l.* 7 § 6, *de peculio*), como se rebajan las deudas del siervo para con el amo (*l.* 5 § 4, *l.* 9 § 2 *eodem*); obligaciones recíprocas que se consideran válidas, pero a título de *naturales obligaciones,* como si se hubieran pagado en numerario. Y si después de la manumisión, paga el amo la deuda, no puede repetir lo pagado, *quia naturale agnovit debitum* (*l.* 64 *de cond. indeb.*).

Por lo que toca a las deudas, puede el siervo contraerlas, respecto del amo y de otro cualquier individuo, puesto que con ellas no le es dado perjudicar al amo, excepto en casos especiales (como el de la administración del peculio); pero la obligación es meramente natural, y conserva siempre este carácter: (*l.* 14 *de oblig. et action.*). Si es deudor del amo, se deducía esta deuda del peculio (*d. l.* 5 *et* 9). Si es deudor de un extraño, no puede ser demandado después de la manumisión (Paul. II, 13 § 9; *l.* 1, 2, *C. an servus*); pero tampoco puede repetir lo pagado, y es válida la fianza o la prenda constituidas para la seguridad de la deuda, como sucede en las obligaciones naturales (*l.* 13 *pr. de cond. indeb.; l.* 24 § 2 *de action. empti; l.* 21 § 2 *de fidejuss.; l.* 54 *de solut.*) y en fin, si el siervo reconoce la deuda *(ex-promittit),* no se entiende hacer donación (*l.* 19 § 4 *de donat.*) (a).

Con todo, el siervo depositario, que adquiere la libertad, puede ser demandado en razón de un depósito, cuya posesión conserva (*l.* 21 *de pos.*): esta posesión, posterior a la emancipación, es en lo que se funda la demanda. Además, si el siervo mandatario o *negotiorum gestor,* continúa, después de manumitido, en el ejercicio de uno u otro cargo, y no se pueden separar los hechos del siervo de los del liberto, está sujeto por unos y otros a la acción de mandato o a la *nego-*

(a) En la citada ley 13 *pr.* la lección de Haloandro es: *vel ipse manumissus, vel* (*ut Pomponius scribit*) *ex peculio;* la de la vulgata: *vel ipse manumissus* (*Ut Pomp. scr.*), *vel ex peculio.* La florentina: *vel ipse manum.* (*ut Pomp. scr.*) *ex peculio,* es inadmisible.

tiorum gestorum (*l.* 17 *de neg. gestis*). Puede también ser perseguido en razón de un delito cometido antes de la manumisión (*l.* 14 *de obligat. et act.*), porque la acción noxal sigue al esclavo, y se da contra el amo, quienquiera que sea, y por consiguiente contra el mismo esclavo, que adquiriendo la libertad se hace dueño de sí mismo. En fin, si el siervo promete una suma de dinero al amo para que le manumita, y después rehusa pagarla sólo se daba acción contra el fiador en virtud de la obligación natural (*l.* 7 § 8 *de dolo*); pero después se estableció que se diese contra el siervo la acción *in factum*, como en los contratos innominados (*l.* 3, *C. an servus*). Este último caso es el que verdaderamente introduce un derecho anómalo. (a)

Como la esclavitud es la casi completa incapacidad en derecho, la libertad es la capacidad de derecho con las restricciones que vamos a indicar. La sujeción al derecho ajeno es en el esclavo la regla, y en el libre la excepción.

Hubo originalmente dos clases de personas libres; los ciudadanos romanos y los extranjeros o peregrinos.

En derecho, no había ninguna diferencia entre los esclavos, estando todos igualmente sujetos a la voluntad de sus dueños. Las únicas excepciones a esta doctrina son las que vamos a notar.

1. Los *statuliberi,* es a saber, aquellos a quienes se deja la libertad a día cierto o bajo cierta condición, eran bajo todos respectos como los demás siervos (*l.* 29 *de statulib.*) salva siempre la esperanza de libertad, de que ni por enajenación, ni por usucapión, ni por otro medio alguno directo ni indirecto podía privárseles (*tit. de statulib.*). Con todo, si se vendían, no podían ponerse condiciones duras a la venta (*l.* 25 *eod.*); y por una constitución imperial se estableció que en las causas criminales (*publica judicia*) se les sujetase

(a) En este artículo se ha seguido a Savigny, *Apéndice* "Sobre los efectos de las obligaciones en los esclavos romanos".

a las mismas penas que a los libres, contra la práctica antigua: (compárese la citada *l.* 29 con la 9 § fin. *de poenis*).

2. Los *ascripticios* eran siervos *adscripti glebae*, de manera que no podían venderse sin los fundos ni los fundos sin ellos. Mas aunque respecto del amo eran verdaderos siervos, respecto de toda otra persona eran libres y propietarios.

3. Los *colonos* eran arrendadores libres pero *adscripti glebae*, y podían poseer su plena propiedad, pero adherían de tal modo al suelo, ellos y su posteridad, que no se les permitía mudar de condición, ni era lícito al dueño de la tierra, enajenarla sin ellos. No era pues el colonado una especie de servidumbre, sino un estado medio entre la servidumbre y la libertad.

Sobre estas dos últimas clases, que nacieron en la decadencia del Imperio, véase el *C. de agricolis et censitis et Cujac. in rubr.*

Estos pormenores eran necesarios para dar a conocer la verdadera naturaleza de la esclavitud entre los romanos. La definición que de ella da Justiniano, *constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur,* es suficientemente precisa en cuanto expresa el carácter que en todas partes les distingue, colocando al hombre esclavo entre las cosas puramente materiales en que ejercemos el derecho de dominio, y diferenciándole además del hijo de familias, sujeto como él a derecho ajeno, pero en conformidad a los instintos naturales: (*secundum, non contra, naturam*).

10

La libertad es más difícil de definir. *Libertas,* dice Justiniano, *est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur* (§ 1 *Inst. h. t.*). Nada pudo decirse más vago. El esclavo tiene no sólo natural sino actualmente la facultad de hacer cuanto quiera, como no

se lo impida la fuerza o el derecho. Si en casi todos sus actos está trabado por las caprichosas y tiránicas exigencias de su dueño, ¿qué es lo que le impide obrar como quiere sino la fuerza que le priva de sus facultades naturales y el derecho que las leyes positivas confieren al dueño? Si no hace lo que quiere, es porque *vi et jure dominico prohibetur.*

Los ciudadanos gozan del *connubium* y el *commercium;* los peregrinos carecen de uno y otro.

Carecen hasta de la capacidad del derecho de gentes, no solamente los individuos de naciones a que el pueblo romano había declarado la guerra, sino de todas aquellas con quienes no tenía relación de paz y amistad (*l.* 5 § 2 *de captivis*). Pero gozaban de la capacidad del *jus gentium* los otros peregrinos; cuales eran 1º, antes de Caracala (que extendió la ciudadanía romana a todos los súbditos del imperio) los habitantes de casi todas las provincias; 2º, los ciudadanos de naciones amigas; 3º, los romanos que en pena de algún delito habían perdido la ciudadanía (*l.* 17 § 1 *de poenis*); 4º, cierta clase de libertos, llamados *dediticios* (*deditiorum numero*), por la semejanza entre ellos y los enemigos que vencidos en la guerra se entregaban a discreción (*dedititii*).

La capacidad de los peregrinos relativamente al *jus gentium* abrazaba toda especie de derechos: su matrimonio era verdadero, aunque no *justum*. Su propiedad (*in bonis*) era reconocida y protegida. Sus obligaciones activas y pasivas eran no sólo naturales sino civiles, es decir, garantidas por acciones semejantes a las que daban las leyes a los romanos: llamábanse acciones *ficticias,* pero eran reconocidas en juicio y producían efectos reales.

Introdújose desde el tiempo de la república una clase intermedia entre los *cives* y los *peregrini,* la de los *latini.* Durante el largo período que transcurrió desde la fundación de Roma hasta que se consolidó su dominio sobre todos los pueblos de Italia, las relaciones de derecho entre Roma y los Estados italianos variaron mucho; la capacidad recono-

cida a los habitantes del Lacio dependió de los buenos o malos sucesos de la guerra, y fue, por consiguiente, más o menos amplia. Extendióse al fin el derecho de ciudadanía romana a todos los pueblos latinos, y *latini* significó entonces el origen nacional, y no una cierta capacidad de derecho. Hacia el mismo tiempo la *Galia cispadana* recibió el derecho de ciudad, mientras que a la *traspadana* se dio una organización nueva, concediéndole el derecho de colonias latinas, aunque con muchas restricciones: sus habitantes tuvieron, en general, el *commercium* sin el *connubium; latini* tomó desde entonces una significación nueva, que no designaba el origen o el dominio, sino cierta capacidad de derecho; y ésta es la *latinidad* que los jurisconsultos nos representan como una condición jurídica intermedia, y que después fue completamente abolida por Justiniano. Las expresiones que se emplean en las fuentes para designar esta capacidad de derecho son *Latium*, *jus Latii*, *Latium minus* (por oposición a los privilegios de los antiguos latinos, que eran más amplios), y *latinitas.* Cuando las ciudades traspadanas recibieron la ciudadanía romana, subsistió todavía el *jus Latii* en su sentido jurídico. Vespasiano lo confirió a toda la España en masa, y mucho antes de la ley *Junia Norbana* había dado el mismo carácter a cierta clase de libertos, que se llamaron por eso *latini juniani.* Dividiéronse pues los libres en *cives, latini et peregrini.* (Savigny, L. II, ch. 2 § 66).

Título IV

De los ingenuos

Los ciudadanos romanos se dividían en ingenuos y libertinos.

Ingenuus est qui statim ut natus est, liber est. Por consiguiente es ingenuo el nacido de matrimonio legítimo (*justum*), pues no puede concebirse matrimonio sino entre

personas libres, y basta que lo haya sido la madre en cualquier momento desde la concepción hasta el parto inclusive. En tiempo de Cayo, la opinión dominante parece haber sido que la libertad de la madre en el instante del nacimiento era lo que producía la libertad y por consiguiente la ingenuidad del hijo (Caj. I, 91). Ulpiano es del mismo sentir (Reg. V, 8). Pero Marciano, posterior a Cayo y contemporáneo de Ulpiano, sienta ya la regla favorable a la libertad, que dejamos expuesta y que adoptó Justiniano (*l.* 5 § 2, 3 *de statu hom., pr. Inst. h. t.*). Lo mismo Paulo (*Sent. lib.* II, t. XXIV, *l.* 2, 3). Esto, sin embargo, no se hizo extensivo a la ciudadanía; con respecto a la cual se consideraba para el *vulgo conceptus* la condición de la madre al tiempo del nacimiento: (Caj. I, 90; *l.* 18 *de statu hom.*).

No perjudica a la ingenuidad la servidumbre que carece de justo título, sea seguida o no de manumisión; como la del hombre libre que pasa por esclavo o ha sido hecho prisionero en guerra civil, o por salteadores o piratas; (*Tit. C. de ingen. manum.; l.* 21 § 1, *de capt. et postl.*). Extendióse lo mismo al hijo vendido o *noxae datus* por sus padres, y después manumitido; al deudor insolvente, entregado a sus acreedores (*addictus creditoribus*), que recobraba la libertad (Hein. *Inst. h. t.*), y al siervo de la pena, que obtenía del príncipe una restitución completa (Paul. *Sent.* lib. IV, t. VIII § 24).

El romano prisionero de guerra que recobraba la libertad por el postliminio, volvía a su primera condición de ingenuo o liberto (*l.* 5 § 1 *de capt. et. postl.*).

TÍTULO V

De los libertinos

1, Estado de libertinidad. 2, Modos solemnes y menos solemnes de manumisión. 3, División antigua de los libertos en ciudadanos romanos, latinos, junianos y dediticios. 4, Derecho de patronato.

1

El manumitido de legítima servidumbre (*ex justa servitute manumissus*) se llama *liberto* con respecto al patrono, y por su estado o condición, *libertino*.

La manumisión, así dicha, *quasi e manumissio* (porque *manus* era en latín potestad), es el acto jurídico en que se da libertad al siervo, y se le constituye libertino (*pr. Inst. h. t.; l. 6 de statu hom.*).

Extraordinariamente puede el siervo adquirir la libertad con la manumisión, como el *servus poenae* indultado, el siervo enfermo abandonado por su dueño, el siervo vendido bajo condición de que antes de cierto tiempo se le haga libre, y cuyo comprador no lo cumple; el que se ha hecho acreedor a la libertad por ciertos servicios especificados en los senadoconsultos y constituciones, etc., (*tit. qui sine manumiss., tit. C. pro quibus causis servi*). Lo que constituye pues al libertino no es tanto la manumisión, como la servidumbre anterior.

2

Los modos de manumisión solemnes y antiguos eran tres, por censo, por testamento y por vindicta (Ulp. *Reg.* I, 6).

Eran manumitidos por censo los que se hacían inscribir, por mandado de sus amos, entre los ciudadanos romanos, en el censo lustral o empadronamiento que cada cinco años se celebraba con ceremonias religiosas en Roma (Ulp. *Reg.* I,

8). Inmolábanse en ellas víctimas para purificar la ciudad; esta purificación se llamaba *lustrum*, y se dio el mismo nombre al período de cinco años que trascurría de un censo a otro, y en general, a todo quinquenio.

Habiendo dejado de celebrarse el censo lustral bajo los emperadores, instituyó Constantino un nuevo modo de manumisión solemne, llamado *in sacrosanctis ecclesiis*. Daba el amo libertad a su siervo en un día festivo, particularmente el de pascua, a presencia del pueblo y del obispo, recitándose la carta de libertad firmada por él (*l.* 1 *C. de his qui in eccles.*). Así Justiniano, en lugar de la manumisión por censo, menciona la *in sacrosanctis ecclesiis* (§ 1 *Inst. h. t.*).

La manumisión testamentaria es directa o fideicomisaria: directa, si el testador, da la libertad expresamente (*Strictus liber esto*) o instituye heredero al siervo o le nombra tutor de sus hijos, pues no puede ser uno ni otro, permaneciendo en servidumbre (§ 2 *Inst. qui et quibus ex caus. manum.*; *l. pen.* § 1 *C de necess. hered. init.*; § 1 *Inst. qui test. tut.*; *l.* 32 § 2 *de testam. tut.*); fideicomisaria o *per modum fideicomissi*, si el testador impone a un heredero o legatario, que manumita a un siervo (§ 2 *Inst. de sing. reb. per fideicomm.*; *Caj.* II, 263).

La manumisión *por vindicta* es una *acción de ley*, esto es, un acto solemne que debe celebrarse con ceremonias especiales, ante el competente magistrado, que es el pretor en Roma, y en las provincias el que ejerce el cargo supremo (*praeses*), con el título de procónsul, legado del César, u otro. El amo, tomando al siervo de la mano, le hace dar una vuelta, le da una bofetada, y le suelta diciendo: *hunc hominem liberum esse volo;* hecho lo cual el lictor toca la cabeza del siervo con una varita, que se llama *vindicta*: (§ 2 *Inst. h. t.*; Hein. *hic;* Ulp. I, 7). Siendo acto de jurisdicción voluntaria, el magistrado puede autorizarlo dondequiera que se le encuentra, y no precisamente en el tribunal (*l.* 7 *de manum. vind.*).

Los modos menos solemnes son: *per epistolam*, que anti-

guamente era una carta del amo al siervo permitiéndole *in libertate morari* (*l.* 38 *pr. de acquir. vel. amitt. possess.*), y en el derecho de Justiniano es una declaración escrita, firmada por el amo y por cinco testigos (*l. un.* § 1 *C. de lat. libert. toll.*); *inter amicos*, es decir, por declaración verbal a presencia de cinco testigos, consignada en escritura pública, y firmada del mismo modo por ellos (*dicta l.* § 2); dando al siervo el título de hijo en escritura pública (*d. l.* § 10); etc., (*tit. C. de latina lib. toll.*).

3

La voluntad del amo, según se ha visto, no basta para conferir la libertad al siervo. Es necesario que la acompañen ciertas formalidades y requisitos. De otro modo no se hace verdaderamente libre, y está al arbitrio de su señor el revocar a cada instante la concesión. Los que gozaban de esta libertad precaria, *morabantur in libertate*, según la expresión del derecho, pero no eran verdaderos libertos, sustraídos irrevocablemente a la potestad dominical. El edicto del pretor mejoró su suerte, obligando al amo a dejarlos vivir en libertad, pero sin privarle de los otros efectos de su dominio, pues adquiría por ellos como por los otros esclavos, y todos los bienes de los manumisos le pertenecían.

El antiguo derecho civil no reconocía como libertos y verdaderamente libres, sino aquellos a quienes el dueño, investido del dominio quiritario, había manumitido por censo, testamento o vindicta. Manumitidos por el que los tenía solamente *in bonis* (a), o celebrada la manumisión de otro modo, *morabantur in libertate* (*fragm. de manumiss. in Ecloga Jur. Civ.*).

(a) Podía un siervo estar *in bonis alicujus* de varios modos: por ej., si un ciudadano romano que era su dueño, *ex jure quiritium*, lo había vendido y entregado a otro, sin mancipárselo, ni cedérselo *in jure*, y si el comprador no lo había poseído un año entero. En tal caso, el esclavo, aunque *in bonis* del comprador, seguía perteneciendo al vendedor *ex jure quiritium* (*Ulp.* I, 16).



ELEMENTOS

DE

DERECHO ROMANO

POR J. HEINECCIO.

TRADUCIDOS Y ANOTADOS POR J. A. S.

SEGUNDA EDICION.



PARIS,

LIBRERIA DE LOS SS. D. VICENTE SALVA E HIJO,

CALLE DE LILLE, Nº 4.

1836.

Facsímil de la portada de la edición de París 1836, del texto de Heineccio traducido por J. A. S.

Hasta el tiempo de Augusto, no se conocía más que una clase de verdaderos libertos. El que era legítima y solemnemente manumitido adquiría en todos casos junto con la libertad la ciudadanía romana. Bajo el reinado de este príncipe empezaron a conocerse tres clases de libertos; unos eran ciudadanos romanos; otros, latinos; otros *dedititiorum numero habebantur*. Esta clasificación se formó de la manera que vamos a decir.

La ley Aelia Sentia, establecida en el consulado de S. Elio Cato y C. Sentio Saturnino, el año 757 de Roma, dispuso que los esclavos que hubiesen incurrido en ciertos castigos, como el de llevar cadena o marca, o el de ser entregados para pelear a espada o con las fieras, y los que hubiesen sido puestos a tortura por algún crimen, y convictos, no alcanzasen manumitidos mejor condición que los peregrinos dediticios, aunque les diese la libertad su dueño quiritario, con las formalidades de la manumisión solemne (*Caj.* I, 13, 14, 15; *Ulp.* I, 11).

Los otros libertos eran ciudadanos romanos, o latinos. Concurriendo tres circunstancias: dominio quiritario en el manumitor, edad de más de treinta años en el manumitido, y manumisión solemne, esto es, por censo, vindicta o testamento, se daba la ciudadanía romana (*Caj. l,* 16, 17).

Podía con todo suplirse el segundo de los requisitos citados. Si se manumitía al menor de treinta años con justa causa, aprobada por un consejo especial, que presenciase la manumisión, se le hacía no sólo libre sino ciudadano romano. Se estimaba haber justa causa, si, por ejemplo, se daba la libertad a un hijo, hermano, ayo, alumno, o se libertaba al siervo para que sirviese de procurador, o a la sierva para contraer matrimonio con ella (*Caj.* I, 18, 19; *Ulp.* I, 12). Además obtenía la calidad de ciudadano el siervo instituido heredero por el amo insolvente aunque fuese menor de treinta años, y aunque manumitido en otras circunstancias hubiese debido hacerse dediticio (*Caj.* I, 21; *Ulp.* I, 14).

El que sin estas calidades era manumitido, permanecía realmente siervo, aunque viviese en libertad; salvo que fuese manumitido por testamento, pues entonces se hacía latino: (*Ulp.* I, 12).

La ley Junia Norbana, expedida bajo el reinado de Tiberio, año 772 de Roma, en el consulado de Junio Silano y Norbano Balbo (a) concedió después la latinidad a los que por la Elia Sencia gozaban sólo de aquella libertad aparente y precaria (*Ulp.* I, 10). Llamáronse *latinos*, porque su condición los asimilaba a los habitantes de las colonias latinas (*latini coloniarii*), y *Junianos*, porque debían esta asimilación a la ley Junia (*Caj.* I, 22).

Tenemos pues tres clases de libertos; los que adquirían con la libertad la ciudadanía romana; los que sólo gozaban de los derechos del Lacio, esto es, de las colonias latinas llamados *latinus junianus*; y los que se reputaban por dediticios.

La ley Junia Norbana, que creó los latinos junianos, les rehusaba formalmente las capacidades más importantes que pertenecían a los latinos coloniarios. Vivían libres, y morían esclavos, pues a su muerte ejercía el patrono sobre los bienes de ellos iguales derechos que sobre los bienes de un esclavo (*Caj.* III, 56; § 4 *Inst. de sucess. libert.*). Pero estas restricciones anómalas eran puramente personales, porque sus hijos tenían todos los derechos de latinos (Savigny, *loco cit. nota* n). Además los latinos junianos podían entrar de varios modos en la categoría de ciudadanos romanos. Casándose, por ej., con ciudadana, o con latina coloniaria o con mujer de su clase, y procreando un hijo que llegase a cumplir un año, se hacía ciudadano romano, y lo mismo la mujer y el hijo, si ya no lo fuesen (*Caj.* I, 28 *et sequ.*).

Mucho más dura era la condición de los libertos dediticios, pues sobre las incapacidades de los peregrinos dediti-

(a) Según Savigny la fecha de la ley Junia Norbana es incierta, y las opiniones de los modernos sobre este punto varían hasta en un siglo entero. (Lib. II, cap. 2, § 66).

cios, carecían de todo medio de llegar algún día a la ciudadanía romana, y se les prohibía morar en Roma y a menos de cien millas de distancia, so pena de hacerse propiedad pública sus personas y bienes, y de ser vendidos bajo condición de no recibir jamás la libertad, y de no servir en Roma ni a la referida distancia, todo por disposición de la ley Elia Sencia (*Caj.* I, 25, 26, 27).

Justiniano abolió estas diferencias de libertos, que en su tiempo iban ya cayendo en desuetud. Él ordenó que se adquiriese la libertad, y junto con ella la ciudadanía romana, cualquiera que fuese el dominio del manumisor (*ex jure quiritium* o *in bonis*), la edad del manumitido, o el modo de efectuarse la manumisión; y aun añadió nuevos modos a los antiguos (§ 3 *Inst. h. t.; l. un. C. de dedit. lib. toll.; l. un. C. de lat. libert. toll.*). Ni paró aquí Justiniano, pues dio a los libertinos el derecho de llevar anillos de oro y la ingenuidad (*regenerationis jus*), salvo el derecho de patronato (*Nov.* 78, *c.* 1).

Este derecho es una consecuencia de la manumisión. El liberto mira al patrono como a un padre y como a un próximo agnado, cuyo nombre gentilicio lleva (*l.* 94 *de legatio.* 3°; *l.* 88 § 6 *de legatio.* 2°; *l.* 108 *de condit. et dem.*). Débele obsequio y reverencia, aun cuando la manumisión no haya sido gratuita (*l.* 41 *de oper. libert.*); y no sólo a él, sino a sus hijos, a sus padres, a sus entenados, a sus herederos; y corre la misma obligación a los herederos del liberto. De aquí procede no concedérsele contra el patrono, acción alguna de que resultase menoscabo en su honor, sino sólo acciones *in factum,* que no mencionen dolo o fraude. De aquí igualmente no poder instituir acción de ninguna clase contra el patrono, sin previa venia del pretor, ni rehusarle el beneficio de competencia, ni dejar de alimentarle en la indigencia (*tit. de agnosc. et abend.*). Los libertos irreverentes o ingratos son conminados y castigados; y aun puede el patrono impetrar la revocación de la libertad, si la

ha conferido voluntaria y gratuitamente (*tit. de obsequis parent. et patr. praest;* Pothier *Pand. lib.* XXXVII, 15).

Débele asimismo el liberto las obras oficiales que en consideración a la libertad le ha prometido. Llámanse *obras oficiales* los servicios o trabajos diarios, y para deberse civilmente, basta el juramento sin estipulación, con tal que se preste después de la manumisión y por causa de ella; extendiéndose esta regla a los dones y presentes que se prometan de la misma manera. No impónense sino cuando la manumisión es voluntaria y gratuita.

La obligación de las obras no se contrae sino para con el patrono; el cual no puede comunicarlas a un extraño, a menos que consistan en el ejercicio de un arte mecánico o de un magisterio o ciencia. El edicto pretorio había dictado saludables reglas para moderar las exigencias opresivas y vejatorias de los patronos.

La obligación de las obras se extingue: 1º, por la mínima deminución de cabeza, en que el patrono liberto pasa de una familia a otra (§ 1 *Inst. de adquis. per arrog.; Caj.* III, 83); 2º, durante la enfermedad del liberto; 3º, por el aumento de dignidad del liberto o liberta; 4º, por haber llegado la liberta a más de cincuenta años de edad; 5º, durante el matrimonio o concubinato de la liberta con el patrono; 6º, durante el matrimonio de la liberta con otra cualquiera persona, si se contrajo con voluntad del patrono; 7º, por haber tenido el liberto dos hijos bajo su potestad; 8º, por haberlas redimido el liberto (*tit. de oper. libert.;* Pothier *Pand. lib.* XXXVIII, 1).

Finalmente gozaba el patrono de varios importantes derechos sobre la sucesión del liberto, como se verá en su lugar.

El derecho de patronato se adquiere ordinariamente por la manumisión, ya voluntaria, ya obligatoria en razón del fideicomiso.

Hay casos, con todo, en que se adquiere el patronato sin

la manumisión: v. gr.: 1º, cuando el siervo ha sido vendido con cargo de que dentro de cierto tiempo se le manumita, pues cumplido el tiempo es libre *ipso jure,* y liberto del comprador; 2º, cuando la sierva ha sido vendida bajo condición de no ser prostituida, puesto que faltándose a ello, es libre, y liberta del vendedor; 3º, cuando el siervo denuncia el homicidio perpetrado en el amo, y en consecuencia es declarado libre por el pretor, y se hace liberto o de la persona a quien el pretor adjudica el patronato, o sin esta adjudicación, del heredero.

Casos hay también en que el liberto no tiene patrono alguno; v. gr.: si ha comprado la libertad con su propio dinero (a); o si otro le compra con dinero que ha dado el siervo para que el comprador le manumita; o si el heredero a quien compete un derecho hereditario de patronato se hace indigno de la herencia; o si estando enfermo el siervo, es abandonado por el dueño; o si a sabiendas del dueño, se alista en la milicia, o se le confiere alguna dignidad civil o eclesiástica. Estas dos últimas disposiciones son de Justiniano.

El derecho de patronato compete no sólo al manumisor, sino a sus descendientes legítimos; pero Justiniano lo rehusó a los adoptivos.

Extínguese el derecho de patronato, 1º, por la máxima o media *capitis deminutio* del patrono o del liberto; pero revive con la restitución del uno o del otro; 2º, si el patrono, mayor de 25 años, reclama al liberto por esclavo, o intenta acusación capital, o da en ella testimonio, contra el liberto inocente, sin error o motivo excusable; 3º, si no le alimentó en la indigencia; 4º, si exigió o consintió que el liberto o la liberta le jurase o prometiese no casarse, o no criar sus hijos (disposición de la ley Elia Sencia); 4º [5º], si el patrono ha gravado la libertad del liberto, recibiendo dinero que le

(a) Aunque no puede concebirse que el siervo tenga nada suyo, por una como connivencia de la ley se estima propio del siervo lo que el amo le deja adquirir para sí. Cómprase también el siervo con su propio dinero, cuando un suceso lo anticipa o se constituye deudor o fiador.

ha inducido a prometer, o exigiéndolo en lugar de las obras que el liberto está obligado a prestarle; 5º [6º], si el liberto se casa con sierva o colona del emperador; 6º [7º], si el patrono abdica el patronato; pero quedan a salvo en este caso el derecho de sucesión legítima, y el de revocar la libertad del ingrato.

Los descendientes del patrono pierden también el derecho de patronato por la desheredación.

El manumisor que incurre en la pérdida del patronato hace partícipes de ella a sus descendientes; pero si lo pierde un hijo perjudica sólo a los descendientes que están bajo su potestad (*tit. de jure patronatus;* Pothier, *Pand. lib.* XXXVII, 14).

Título VI

Quiénes y por qué causas no pueden manumitir

La ley Elia Sencia, que tuvo entre otros objetos el de poner coto al excesivo número de manumisiones, dispuso: 1º, que a nadie fuese lícito manumitir defraudando a sus acreedores; 2º, que tampoco pudiese manumitir el menor de veinte años, sino con ciertas condiciones.

La manumisión en fraude de los acreedores es nula (*pr. Inst. h. t.; Caj.* I, 37; *l.* 16 § 2, *qui et a quibus manum.*); y los antiguos jurisconsultos y emperadores parecen haber hablado con menos propiedad cuando dicen que la libertad en este caso se rescinde (*l.* 5 § 2 *eod.*), o se retracta (*l.* 45 § 3 *de jure fisci*), o se revoca (*l.* 1 *C. qui manum. non poss.*). Pero aunque nula, convalece, si los acreedores no la atacan dentro de los diez años subsiguientes (*l.* 16 § 3 *qui et a quibus manum.*).

Mas para que se entienda en fraude de los acreedores son necesarias dos condiciones: 1ª, el ánimo de defraudar, pues si el deudor tuvo razón de creer que, dada la libertad, le quedaba lo suficiente para pagar sus deudas, vale la ma-

numisión; y 2ª, que con ella se infiera verdadero perjuicio, o por no estar solvente el manumisor, o porque con este menoscabo de sus facultades deja de estarlo (§ 3 *Inst. h. t.; l.* 10, *qui et a quibus; l.* 15 *quae in fraudem credit.; l.* 57 *de testam. manum.; l.* 1 *C. qui manum. non poss.*). De lo cual se sigue que no es nula la manumisión, cuando el amo insolvente instituye heredero necesario a uno de sus siervos, con tal que por el mismo testamento no tenga otro heredero; pues debe presumirse que no manumita con ánimo de defraudar, sino para librarse de la ignominia de la insolvencia, apareciendo entonces como dando el siervo (§ 1, 2 *Inst. h. t.; l.* 57 *de hered. instit.*).

Al menor de veinte años era lícito manumitir con las siguientes condiciones: 1ª, por vindicta; 2ª, ante un consejo especial; 3ª, con causa probable, aceptada por el consejo; cual era, el dar la libertad a su padre o madre, hijo, hija, hermano, hermana, naturales; a un ama, hijo, hermano de leche; a un pedagogo, maestro, alumno; al siervo para que le sirviese de procurador, o a la sierva para casarse con ella; mas el manumitido para procurador debía tener a lo menos 17 años, y el matrimonio con la sierva había de celebrarse dentro de los 6 meses subsiguientes, no habiendo justo impedimento (§ 4, 5 *Inst. h. t.; Caj.* I, 38, 39, 40; *l.* 13 *de manum. vind.*). Era también justa causa, si el menor de veinte años estaba obligado a manumitir para satisfacer a una condición o si tenía motivos particulares de gratitud hacia el siervo (*l.* 15 *pr. et* § 1, *eodem*). Aprobada una vez la causa, fuese verdadera o falsa, no se retractaba (*l.* 9 § 1 *eodem;* § 6 *Inst. h. t.*) (a).

Justiniano modificó esta última disposición de la ley Elia

(a) Por ejemplo, si había sido instituido heredero con cargo de dar la libertad al siervo.

Sabemos por Cayo que el menor de veinte años podía dar la libertad latina con justa causa aprobada por el consejo, manumitiendo *inter amicos.* (I, 41).

Y por la ley 4 § 18 de *fideicomm. liber.*, aparece que la manumisión prohibida por testamento era sólo la directa, y que el menor de veinte años, habiendo justa causa, podía dar la libertad por fideicomiso.

Sencia, permitiendo dar la libertad por testamento a todo el que tenía edad suficiente para testar (§ 7 *Inst. h. t.; Nov.* 119, *c.* 2).

[*Apéndice*]*

120. Sobre la computación de la edad es digno de notar, que en el último día del vigésimo año dejaba ya de tener lugar la *prohibición* (*l.* 1 *De manumissionibus*). Otra regla se seguía en las *concesiones* otorgadas hasta cierta edad, como la restitución *in integrum* de los menores; en este caso la minoridad se entendía durar hasta la última hora del último año.

Parece que, aun con la autorización del consejo, era necesaria la manumisión por vindicta. Sin embargo, un menor de veinte años puede manumitir por testamento a un esclavo, haciéndole heredero necesario, y esta misma necesidad era causa probable (*l.* 27 *de manum. testam.*). Fuera de este caso, aun con causa bastante para legitimar una manumisión entre vivos, no se podía dar la libertad *directamente* por testamento, antes de la edad de veinte años, pero sí fideicomisariamente (*l.* 4 § 18 *de fideicomm. liber.*). El militar menor de veinte años, podía darla de ambos modos, con causa legítima (4 *C. de testam. mil.*). Además, sabemos por Cayo (*Inst.* I, 41) que el menor de veinte años autorizado por el consejo, podía dar la libertad juniana, manumitiendo *inter amicos.*

Habiendo igualado Justiniano todos los modos de manumisión, no había motivo para que conservase aquí la palabra *vindicta,* copiada de las Instituciones de Cayo (I, 18, 38).

* Esta parte relativa al Título VI, que quedó sin tachar entre los manuscritos de Bello, sigue la ordenación por párrafos, de acuerdo con el plan de dar el texto latino de Heineccio con la traducción al castellano y *Comentario* al final de cada Título. La insertamos porque al quedar sin tachar, indica Bello que quiere conservar el texto. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

Título VII

Derogación de la ley Fusia Caninia

Habiendo sido tan pródigos los romanos en la manumisión *inter vivos,* fácil es concebir cuánto más lo serían al tiempo de la muerte. No era raro entonces dar la libertad a servidumbres enteras por la gloria póstuma de que marchasen tras el féretro largas hileras de libertos, llevando el gorro que simbolizaba la libertad recientemente adquirida. Llenábase así Roma de hombres viciosos que abusaban de la libertad; y para remediar este mal se dictó la ley *Fusia Caninia* en tiempo de Augusto, y en el consulado de Sexto Furio Camilo y Cayo Caninio Galo, año 751 (a).

Por ella se moderaron las manumisiones testamentarias del modo siguiente:

El que tenía menos de 10 siervos, sólo podía manumitir la mitad.

El que de 10 hasta 17, cinco.

El que de 18 hasta 20, seis.

Y así gradualmente, hasta llegar a cien manumisos, de cuyo número no podía pasarse; aunque la familia constase de veinte mil o más siervos como es sabido que las hubo. (*Hein.**

Título VIII

De los que pertenecen a sí mismos y de los que pertenecen a otros

Se trata aquí de otra división general en personas *sui juris,* y *alieni juris;* división que influye también mucho en la capacidad de derecho.

Las personas *alieni juris* o viven bajo la potestad de un

(a) Furio y Fusio eran un mismo nombre.
* Se interrumpe aquí el manuscrito que es sólo un medio folio. (Comisión Editora. Caracas).

amo (*dominica potestas*), o bajo la potestad paterna (*patria potestas*), o bajo la potestad marital (*manus*), o se hallan *in mancipii causa.*

La mujer se sujetaba a la potestad marital (*in manum conveniebat*) de uno de estos tres modos: *usu, farreo, coemptione.*

El uso consistía en la duración del matrimonio por un año entero, porque de este modo la mujer *quasi annua possessione usucapiebatur.* Para evitarlo era menester, según la ley de las Doce Tablas, que la mujer interrumpiese la posesión cada año, faltando de la casa de su marido tres noches seguidas (*trinoctium*); pero este derecho, derogado en parte por las leyes y en parte por la costumbre, no subsistía ya en tiempo de Cayo (*Caj. Inst.* I, 111).

El segundo modo era una ceremonia religiosa que se celebraba a presencia de diez testigos, y en que se empleaba una torta (*farreum*), de la especie de trigo llamada *far,* en castellano escanda; de donde se dio a esta manera de *conventio in manum* el nombre de *confarreación.* (*Caj. Inst.* I, 112).

La *coemptio* era una *mancipación* o venta simbólica, que daremos a conocer en otra parte; por cuyo medio el marido adquiría una especie de dominio quiritario sobre la mujer. Además de la coención con el marido *matrimonii causa,* podía también someterse a ella la mujer respecto de extraños *fiduciae causa;* y esto con diversos objetos, uno de los cuales era variar de tutor; lo que no podía menos de ocurrir con frecuencia en la tutela perpetua de las mujeres. En este caso el *coemptionator* o comprador simbólico la remancipaba a una persona convenida, y ésta, manumitiéndola por vindicta, se hacía su tutor *fiduciario;* (*Ib.* 113, 114; *Ulp.* XI, 5). (a)

(a) Quién hiciese el papel de vendedor en la mancipación de la mujer *sui juris,* y por qué no pudiese el *coemptionator* manumitirla por vindicta, sin necesidad de remanciparla, son cuestiones que no puedo resolver. Por el citado § 113 se ve que el acto no requería más personas que los cinco testigos, el libripende, la mujer, y aquel *in cujus manum conveniebat.* ¿Había, pues, mancipaciones sin mancipador, o era que hacía el papel de tal el libripende?

La *conventio in manum*, por cualquiera de los dichos tres medios, daba al marido sobre la mujer igual potestad que la del padre sobre los hijos de familia, (*filiae locum obtinebat, in filiae loco erat*) (*ib.* 111, 114, 115). Así entre la *manus* y la *patria potestas* no había ninguna diferencia.

Lo dicho se entiende en la suposición de que el marido fuese *sui juris;* si era hijo de familia, la manus sobre la mujer recaía en el que tenía la *patria potestas* sobre el marido.

El que estaba *in mancipio,* se asemejaba a los esclavos, *servorum loco erat* (*Caj.* III, 104). Mas aunque su incapacidad era la misma, su matrimonio permanecía verdadero y legal; sus hijos caían en la potestad del abuelo paterno, si eran concebidos mientras estaba vigente la primera o segunda mancipación (después veremos que el padre podía mancipar al hijo hasta por tres veces); concebidos durante la tercera, quedaba su derecho en suspenso; caían en la potestad del padre, cuando éste era manumitido por el que lo tenía *in mancipio,* y si fallecía sin serlo, eran personas *sui juris* (*Caj.* I, 135). Las hijas, y los descendientes ulteriores de cualquier sexo, sólo una vez mancipados, se hallaban en el mismo caso que los hijos durante la tercera mancipación. Por consiguiente no pasaba nunca a los hijos o descendientes la *mancipii causa* del padre.

En este título se trata de la *potestas dominica.* Sobre la incapacidad del esclavo hemos dicho lo bastante (*tit.* 3). En cuanto a los medios represivos de la sevicia de los amos:

Por la ley Cornelia (promulgada bajo la dictadura de L. Cornelio Sila) se igualaba el homicidio del siervo al del hombre libre (*l.* 1 § 2 *ad leg. corn. de sic.*).

Por la ley Petronia, que parece haberse promulgado en 767, último año del reinado de Augusto, y por los senadoconsultos relativos a ella, se prohibió dar o vender el siervo para pelear con las fieras, excepto en caso de ofensa del siervo, y con aprobación de juez (*l.* II § 2, 3, *ad l. C. de sic.*).

Por constitución de Antonino Pío, el homicidio del

siervo propio sin causa fue igualado al del ajeno, y se previno que probada la sevicia del amo, se le obligase a vender el siervo bajo condiciones equitativas (§ 2, *Inst. hoc. tit.; Caj.* I, 53; *l.* 1 § 8 *de offic. praef. urbi*). Y por constitución de Constantino, se castigaba como homicida al que mataba al siervo de un modo atroz y bárbaro (*l. un. C. de enmend. servorum*). Pero en caso de delito del siervo, parece que el amo usaba impunemente del derecho de vida y muerte; (*l.* 96 *de verb. oblig.; l.* 53 § 3 *de legatio.*).

No era lícito al amo, abusar de la sierva (*d. l.* 1 § 8); y por constitución de Teodosio y Valentiniano, si la sierva era prostituida por su amo a pesar suyo, perdía el amo la potestad sobre ella (*l.* 6 *C. de Spect. et secu.*).

Título IX

De la patria potestad

1, Condición y capacidad del hijo de familia. 2, Dos especies de consorcio, el concubinato y el matrimonio legal. 3, Tiempo medio entre la concepción y el parto. 4, Casos en que los hijos naturales caen bajo la patria potestad por un hecho posterior al nacimiento.

1

La palabra *familia* tiene varios sentidos; ya el de hacienda o patrimonio, como en *familiae erciscundae actio;* ya el de una o varias personas cuyos derechos están concentrados en un individuo, y en este sentido se dice *pater familias;* ya el de varias personas unidas por un vínculo común, como los agnados, o por una estirpe común, como la familia *Julia;* o la *servidumbre* o conjunto de siervos de un hombre (*servitium; l.* 195 *de verb. sign.*).

La familia de que ahora tratamos es la que se compone o de muchas personas sometidas a un jefe que ejerce la patria potestad sobre ellas, y se llama padre de familia; o de una sola persona *sui juris, sine qua in aliena potestate non est;*

la cual también se llama padre de familia, aunque no tenga la patria potestad sobre individuo alguno, y aunque carezca de hijos y descendientes. La mujer puede ser *alieni* o *sui juris;* si *sui juris,* se denomina *mater familias,* aunque no tenga hijos, y sin embargo de que, aun teniéndolos, no le competa nunca la patria potestad sobre ellos; por lo que Ulpiano la llama *familiae suae et caput et finis* (*l.* 195 *de verb. sign.*).

El padre de familia podía tener bajo su potestad descendientes de cualquier grado (*liberi*); los *liberi* de primer grado se llamaban propiamente *filii.* Los hijos y demás descendientes de la hija no pertenecían a la familia de ésta, sino a la de su marido. No tenemos en castellano palabras que correspondan a los significados peculiares de *filii, liberi, patres, parentes;* por lo que deberá tenerse entendido que llamamos hijo al descendiente de *cualquier* grado, a menos que se exprese lo contrario; lo que se aplica también a *pater,* cuando se habla del ascendiente que como cabeza de la familia ejerce la patria potestad.

La potestad paterna tiene su fundamento en el derecho de gentes; pero los romanos le dieron una forma peculiar suya (§ 2 *Inst. h. t.; Caj.* I, 55). En el derecho civil los hijos de familia, aunque libres e ingenuos eran *res mancipii,* esto es, pertenecían a la clase de cosas sobre las cuales se tenía dominio quiritario, que se trasfería por la mancipación o venta simbólica. En efecto, la ley de las Doce Tablas había reconocido en el padre un dominio absoluto sobre sus hijos, incluso el derecho de vida y muerte. Permitíale también venderlos; pero no podía ejercer este derecho sino una vez sola sobre las hijas, sobre los nietos de uno y otro sexo, etcétera; a diferencia del hijo varón, que manumitido por el comprador recaía hasta por dos veces bajo la potestad paterna; y sólo quedaba libre de ella después de la tercera manumisión. Así lo disponía la ley de las Doce Tablas: *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* (*Ulp. reg.* X, 1).

Este derecho de vida y muerte, de que conserva señalados ejemplos la historia, era fácil de degenerar en tiranía, y pareció necesario restringirlo. Puede el padre corregir al hijo, y, si delinque gravemente, hacerle aplicar por el magistrado la pena debida (*l.* 3 *C.*, *de patr. pot.*); mas para la pena de muerte, le es indispensable acusarle y obtener su condenación en juicio formal (*l.* 2, *ad leg. Corn. de sic.*). Constantino sometió a la pena de parricidio a los homicidas de sus hijos (*l. un. C. de his qui par.*; § 6 *Inst. de publ. jud.*).

Por otra parte, los hijos vendidos por el padre no eran verdaderos siervos: hallábanse, como hemos visto, *in mancipii causa, in mancipio, servorum loco.* Pero aun esta especie de enajenación vino a convertirse en un mero símbolo; las enajenaciones verdaderas fueron declaradas nulas por Diocleciano y Maximiano (*l.* 1 *C. de patr. qui fil.*). Sólo se toleran por extrema miseria, al momento mismo de nacer (*l.* 2 *C. de patr. qui fil.*); y se dispensa al hijo de servir al comprador, dándole un esclavo en su lugar o el precio de sus servicios (*l.* 2 *C. de patr. qui fil.*).

Tenía también el padre de familia la facultad de dar *in mancipio* el hijo o hija, a la persona que había recibido de él o ella algún daño, para que se indemnizase con sus servicios, que es lo que se llama *dare* o *dedere noxae* (*Caj.* IV, 75, 79, *et* I, 140). Pero este derecho fue abolido por Justiniano (§ 7 *Inst. de nox. action.*).

En los negocios privados son considerados el padre y el hijo, unidos por el vínculo de potestad, como una sola persona (*l. ult. C. de impub. et al.*); y por tanto no se da entre ellos acción (*l.* 4, 11, *de judiciis, l.* 16 *de fastis*), ni podía contraerse obligación civil (*Caj.* III, 104; § 6 *Inst. de inut. oblig.*); pero sí natural (*l.* 38 *pr.*, § 1, 2).

La incapacidad del hijo de familia pertenece al derecho privado. El hijo de familia votaba en los comicios, y puede ejercer los cargos públicos (*l.* 9. *de his qui sui*); por consiguiente la tutela.

En derecho privado tiene el *connubium* y el *commer-*

cium; pero sin ninguna especie de poder actual, porque todos los derechos que resultan de los actos del hijo pertenecen al padre.

Así, aunque su matrimonio es *justum,* la *in manum conventio* no le da potestad sobre la mujer, y sus hijos caen bajo la del padre, a que él mismo se halla sujeto.

No puede tener nada suyo, ni ser acreedor; pero sí contraer deudas, y estas deudas son obligaciones civiles que producen acciones (*l.* 39 *de oblig. et act.*; *l.* 57 *de judic.*; *l.* 44, 45, *de peculio; l.* 141 § 2, *de verb. obl.*; *l.* 8 § 4, *de acceptil.*); distinción que se funda en el principio, que el hijo puede hacer más rico a su padre, pero no más pobre. Sin embargo, el hijo es capaz de hacerse acreedor y deudor de su padre; bien que las obligaciones que se contraen de este modo son, como queda dicho, meramente naturales. (*Caj.* III, 104; § 6 *Inst. de inut. stipul.*).

No teniendo el hijo de familia nada suyo, no le es dado hacer testamento, ni en general tener heredero (*l.* 11, *de fidejuss.*).

Los principios anteriores pertenecen al derecho romano primitivo, y recibieron con el tiempo modificaciones importantes, sobre todo a consecuencia de la diversidad de peculio, como se verá en su lugar (a).

2

En todo lo que precede, se trata del hijo habido por un ciudadano romano *ex justis nuptiis, ex uxore.* Pero debe saberse que la unión de los padres podía haber sido permitida y aun autorizada por las leyes, sin que la mujer hubiese sido *uxor,* ni la unión *justae nuptiae;* porque los romanos conocían dos especies de matrimonio: el *justum,* que sujeto a reglas particulares determinaba la condición de los hijos por la del padre al tiempo de la concepción, y los colocaba en

(a) Savigny, lib. II, cap. 8, § 67.

la familia y potestad del padre; y el *concubinato,* que reglado por el derecho de gentes no producía, ni aun entre ciudadanos romanos, ningún efecto civil para la mujer ni para los hijos. Pero aunque la ley civil no reconoce vínculo de familia ni de potestad entre ellos y el padre, no debemos confundírselos con los frutos de una paternidad incierta (*spurii, vulgo concepti*); puesto que, sin embargo de que siguen, como los espurios, la condición materna, los hijos de concubina tienen padre cierto, con respecto al cual son *liberi naturales.* Así los hijos de un ciudadano romano pueden ser *justi liberi,* y *naturales liberi;* al paso que la mujer, en rigor, no tenía más que hijos naturales.

3

Para decidir sobre el hecho de la paternidad se sigue el principio, *Pater est quem nuptiae demonstrant;* a que no puede oponerse sino la imposibilidad física, suficientemente probada (*l. 6 de his qui sui vel al.*: comparada con la *l. 9 C. de nuptiis*).

Pero hay una relación de tiempo entre la concepción y el parto, que puede dar ocasión a incertidumbre, y en que era tanto más necesario precaver la arbitrariedad del juez, cuanto, prescindiendo del interés personal, importaba más la decisión a las buenas costumbres, a la paz de las familias y a la reputación de las mujeres. El derecho romano, en fuerza de estas consideraciones, adoptó como regla que el parto podía verificarse entre el principio del séptimo mes y el fin del décimo, contados desde la concepción (*l.* 3 § 11, 12 *de suis; l.* 12, *de statu hom.; l.* 2 *C. de ser. nupt.; Nov.* 39, c. 2). Si durante estos cuatro meses (7°, 8°, 9° y 10°), o en una época comprendida en ellos, ha estado casada la madre, el niño tiene por padre al marido; si no, hablando jurídicamente, no tiene padre. Esta presunción forma, por sí sola, una prueba completa, que sólo puede atacarse con la prueba contraria de imposibilidad física.

Puede objetarse un texto de Paulo: *Septimo mense natus matri prodest; ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno aut decimo mense partus maturior videatur* (*Sent. C. l.* IV, *tit.* IX, § 5). A primera vista parece indicarse que el menor espacio entre la concepción y el parto es de siete meses cumplidos; pero dando este sentido a *pleno*, resultaría que la primera parte de este texto, enteramente acorde con la doctrina que hemos expuesto, y con la citada ley 12 de *statu hom.*, que es un fragmento del mismo jurisconsulto, estaría en disonancia con la segunda parte: por lo que o debe creerse que el *pleno* es interpolado, o es preciso entenderlo en el mismo sentido que *toto;* menos natural, sin duda, pero no inadmisible.

En el derecho romano se entiende por *mes* el espacio de 30 días; de que se deduce que el parto en el día 181 después de la concepción es tempestivo. Mas esto a primera vista parece oponerse a la *l.* 3 § 12 *de suis*, arriba citada: *De eo autem qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et divus Pius Pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum; nec videri in servitute conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa.* De aquí se ha querido inferir que el parto en el día 181 después de la concepción, que es el primero del séptimo mes, no favorece a la madre; no debe admitirse para los efectos legales. Pero sin fundamento alguno, como vamos a ver [1].

El rescripto de Antonino Pío se refiere a una especie particular: un niño nace el día 182 después de la manumi-

[1] Hay otra redacción de este fragmento, en un medio folio suelto, anterior al manuscrito que damos en el texto.

"... [*Pon*]*tificibus rescripsit, justo tempore videri natum, nec videri in servitute conceptum cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa*". Es decir que no debía presumirse concebido en servidumbre el hijo de una liberta que lo había dado a luz 182 días después de la manumisión, y que, en general, no salía del orden de la naturaleza el intervalo de 182 días entre la concepción y el parto. Yo entiendo que el rescripto imperial alude al caso especial que lo provocó. Una liberta pare a los 182 días después de la manumisión. Se le deberá mirar como concebido en servidumbre. No, dice el rescripto; porque el parto que se verifica en el séptimo mes y por consiguiente el que tiene lugar a los 182 días es natural y

sión de su madre. ¿Debe presumirse que fue concebido antes de la manumisión? No, porque el parto pudo verificarse en el séptimo mes, y por tanto el día 182 después de la concepción, puesto que aun en el día 181 hubiese sido tempestivo. La ley se fija en el primero de estos números, no para excluir el segundo, sino para ceñirse a la especie. *Ante diem* en este pasaje equivale a *día,* como en la primera Catilinaria, c. 3, y en muchos otros lugares de Cicerón.

Ahora pues, ¿hay aquí algo de que se deduzca que el séptimo mes principia el día 182, como han creído algunos, o que si un nacimiento acaeciese el día 181 después de la manumisión de la madre, debiera presumirse la concepción en servidumbre? *Cum mater ipsius,* etc., quiere decir, *cum ipse septimo mense post manumissionem natus sit; mater enim die centesimo octogesimo secundo ante partum manumissa est.* Los cuatro meses de que hablamos arriba, corren pues desde el día 181 hasta el 300, incluyéndose ambos.

4

Otra cosa tenemos que notar, y es que a veces los descendientes (*liberi*) en el momento de nacer no caían bajo la potestad de sus ascendientes naturales (*parentum*), y un hecho posterior los sujetaba a ellos. Por ejemplo, si un ciudadano romano se casaba con mujer latina o peregrina creyéndola ciudadana, el hijo o hija que tuviesen no caía bajo su potestad, como que ni ciudadano romano era, sino latino o peregrino, según la condición de la madre, puesto que para acceder a la del padre se requería que entre el padre y la

perfecto según escribe Hipócrates. Si pues el niño nació a los 182 días después de la manumisión de la madre, no debe presumirse haber sido concebido en servidumbre. Si el niño de que se trata en la 3 § 12 hubiese nacido a los 190 días lo mismo, variando solamente: *qui centesimo nonagesimo die natus est... ante centesimum nonagesimum diem.* Entendido así el texto de Ulpiano en la citada ley 3 § 12, tendríamos una concordancia completa entre ésta y la 12 *De statu. hom. "Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis".* El mes de que se trata en esta ley era ciertamente el legal de 30 días". (Comisión Editora. Caracas).

madre hubiese connubio (a). Pero por un senado consulto, si se probaba error inculpable, se confería a la madre y al hijo la ciudadanía romana, y el hijo entraba entonces bajo la patria potestad. De la misma manera, si se casaba una ciudadana con un peregrino creyendo casarse con ciudadano, justificada la causa de error, el hijo y el marido obtenían la ciudadanía, y principiaba entre éstos el vínculo de potestad (*Caj. Inst.* I, 65, 67, 68). En el derecho de Justiniano estaba abolida la división de los súbditos libres del imperio en ciudadanos, latinos y peregrinos, pero subsistía la de los hombres libres en ciudadanos y peregrinos, entendiéndose por peregrinos los súbditos de naciones extrañas; y es de creer que se diese lugar a las concesiones del antedicho senadoconsulto en iguales casos.

Efectos semejantes se producían por medio de la legitimación, de que hablaremos luego.

TÍTULO X

Del matrimonio *

1, Matrimonio civil. 2, Primera condición necesaria para este matrimonio, ciudadanía romana. 3, Segunda condición, pubertad. 4, Tercera condición, el consentimiento. 5. Cu/ar/ta condición [que no] haya entre l[os contra]yentes cier[to grado] de parente[sco natu]ral o ci[vil]. [6.] ciertas r[eglas de] afinidad.

1

Se adquiere la patria potestad de varios modos, de los cuales el primero y más ordinario es por el matrimonio civil.

(a) De lo dicho puede deducirse que si una romana se casaba con peregrino, el hijo, siguiendo la condición de la madre, era ciudadano romano. Pero no era así. Si cualquiera de los consortes era peregrino, seguía su condición el hijo; excepción introducida por la ley *Mensia* (*Ulp.* V, 8).

* El primer folio de este título está mutilado [1].

[1] El epígrafe del contenido no abarca la totalidad del desarrollo del título. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

El matrimonio civil (*justum matrimonium, nuptiae, justae nuptiae*) llamado también absolutamente *matrimonio,* es la unión legal de un hombre y una mujer, que se proponen pasar la vida en igual y perpetuo consorcio y procrear hijos que nazcan en la familia y bajo la potestad del padre. Que el matrimonio es, en su esencia, del derecho natural o de gentes, no es necesario probarlo; pero los requisitos y efectos peculiares de que lo revistieron las leyes romanas, lo hacen una institución de derecho civil.

Cuatro condiciones son precisas para la validez del matrimonio civil: 1ª, que los contrayentes sean ciudadanos romanos; 2ª, que hayan llegado a la edad púber, definida por las leyes romanas; 3ª, que se contraiga el matrimonio con el consentimiento de los contrayentes, y a veces con el de otras personas; 4ª, que no haya impedimento natural o legal entre los contrayentes.

2

El *jus connubii* es propio de los ciudadanos romanos; pero los latinos y los peregrinos lo obtenían a veces. Bajo Justiniano, todo súbdito del imperio, exceptuados los esclavos, era ciudadano. Mas aunque el enlace con una persona esclava o extranjera no fuese matrimonio civil, estaba sujeto a las reglas de la moralidad y del derecho de gentes, de la misma manera que el concubinato de dos personas romanas y libres.

3

Deben ser púberes los contrayentes (*pr. Inst. h. t.; l.* 4 *eodem*). La pubertad comienza en los hombres a los catorce años cumplidos, y en la mujer a los doce; época señalada en la vida, porque da principio al ejercicio de varios derechos importantes, como veremos a su tiempo; y especialmente notable con relación al matrimonio, por cuanto los impúbe-

res son, regularmente, incapaces de procrear. Obsérvese con todo que la impotencia no es un obstáculo, según el derecho romano, para contraer matrimonio, excepto en los castrados (*l.* 39 § 1 *de jure dot.*).

4

Exígese el consentimiento de los contrayentes. Así las personas incapaces de tener voluntad, como los dementes y locos (*l.* 8 *de his qui sui vel alieni; l.* 16 § 2 *de ritu nupt.*) no pueden casarse; ni basta el consentimiento indeterminado en su objeto, como el de casarse en general, sino con tal o cual persona (*l.* 34 *de ritu nupt.; l.* 14 *C. de nupt.*); ni el que es arrancado por violencia o miedo (*l.* 21 *de ritu nupt.; l.* 12 *et* 14 *C. de nupt.*). Pero no debe confundirse con el consentimiento forzado el que se otorga por condescendencia a los deseos de los padres, o por un temor puramente reverencial (*l.* 22 *de ritu nupt.*).

Para el valor del matrimonio no era menester otro consentimiento que el de los contrayentes, si eran personas *sui juris* (*l.* 25 *de ritu nupt.; l.* 8 *C. de nupt.*); hasta que los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano dispusieron que la mujer menor de 25 años, aunque fuese *sui juris,* no se casase sin la aprobación de su padre, si lo tenía, o en caso contrario, sin la de su madre y parientes (*l.* 18 *et* 20 *C. h. t.*).

A los hijos de familia es indispensable el consentimiento del ascendiente en cuya potestad se hallan, y aun el de los ascendientes en cuya potestad pueda hallarse algún día la prole de los contrayentes (*l.* 2 *et* 16 § 1 *de ritu nupt.*). Así el nieto sometido a la potestad del abuelo debe juntar al consentimiento de éste el del padre, que no haya salido de la familia; puesto que, fallecido el abuelo, caerían bajo el poder del padre, no sólo el nieto, sino los hijos del nieto; y nadie debe pertenecer a una familia contra la voluntad del jefe de ella (§ 7 *Inst. de adopt.*). Es claro que esta razón no

se aplica a la nieta; pues aunque ella también, faltando el abuelo, recae bajo el poder del padre, no lleva consigo su posteridad, que sólo puede pertenecer a la familia del marido; de que se sigue que la mujer no necesita más consentimiento que el del jefe de la familia a que pertenezca (*l.* 16 § 1 *eod.*).

En suma, se necesita el consentimiento de los futuros consortes, el del jefe de la familia a que cada uno de éstos pertenezca, y el de los ascendientes bajo cuya potestad recaigan los hijos que nazcan. Sin el consentimiento de todas estas personas, es inválido el matrimonio (*l.* 2 *eod.*), y no empieza a tener valor sino a la fecha en que se haya obtenido la aprobación de todas. Dúdase si, alcanzada ésta, obraba retroactivamente en el derecho antiguo, antes de introducirse la legitimación por subsiguiente matrimonio. Parece preferible la opinión de Vinnio, que lo niega, a la de Heineccio, que sostiene la afirmativa; porque Justiniano exige expresamente que el consentimiento de los padres (*parentum jussus*) preceda a las nupcias (*pr. Inst. h. t.*). Así los hijos habidos antes de la ratihabición, o antes que el padre se hiciese *sui juris* por la muerte del abuelo, no eran legítimos (*justi*), aunque su nacimiento acaeciese después de la ratihabición o la muerte; (*l.* 11 *de statu hom.*). Pero no se crea que *jussus* significa precepto formal, ni aun consentimiento expreso; pues cuando el padre no se opone al matrimonio, del que tiene suficiente noticia, su silencio constituye una aprobación verdadera, aunque tácita, que basta para la validez de las nupcias (*l.* 5 *C. h. t.*).

Y aun basta a veces el consentimiento presunto. Después de tres años de cautividad o desaparición del ascendiente, puede el hijo contraer un matrimonio proporcionado, que el ascendiente no tuviese justo motivo de desaprobar (*l.* 9, § 1, *l.* 10 *et l.* 11 *de ritu nupt.; l.* 12 § 3 *de captiv.*).

Lo mismo parece que hubiese debido aplicarse al hijo del demente o del loco. Con respecto a las hijas se creía que bastaba la no-contradicción del padre (*l.* 25 *C. h. t.*); pero

los hijos tenían que impetrar el permiso del príncipe. El Emperador Marco Aurelio hizo innecesario este recurso en el caso de demencia, permitiendo el matrimonio del hijo o hija (*d. l.* 25). Subsistía, pues, la duda, en el caso de furor o locura; y a lo más que se extiende Ulpiano es a creer que el contrayente a quien es necesario el consentimiento de dos ascendientes, puede casarse con el de uno de ellos, presumiéndose de esta manera el del loco (*l. 9 pr. de ritu nupt.*). Pero Justiniano removió todas las dificultades, estableciendo uniformemente que los hijos e hijas (*liberi*) del demente y del furioso, impetrasen la aprobación del prefecto de la ciudad en Roma, o del gobernador de la provincia, o el del obispo de la ciudad; y que esta aprobación recayese no sólo sobre la calidad de la persona, sino sobre el valor de la dote o donación *ante nuptias,* interviniendo en ello el curador y los individuos más notables de la familia (*l.* 28 *C. de episcop. aud.; l.* 25 *C. h. t.*).

5

Hay varias especies de impedimentos para el matrimonio entre ciertas personas; el principal es el parentesco (*cognatio*), que consiste en el vínculo de la sangre entre los descendientes de una estirpe común, o en el lazo puramente civil que une a los miembros de una misma familia (*agnatio*). El primero subsiste siempre; el segundo cesa desde que los agnados pasan a pertenecer a familias diversas (§ 1 *Inst. de leg. agnat. tut.;* § 3 *et* 6 *Inst. de cap. demin.*). El matrimonio entre personas que tienen este impedimento es incestuoso.

Tómase a veces la cognación en un sentido genérico que abraza el parentesco natural o de sangre (a que se junta muchas veces el civil, que es hijo de la ley) y el parentesco civil; de lo que nos da un ejemplo Ulpiano en la *l.* 12, § 4 *de ritu nupt.*

La cognación es directa entre dos personas de las cuales la

una es ascendiente natural de la otra; y trasversal o colateral, cuando, sin esta circunstancia, proceden ambas de una misma estirpe o tronco, esto es, de un ascendiente común.

El grado de cognación se mide por el número de generaciones intermedias. Yo estoy en primer grado en cognación directa con mi hija, en segundo con mi nieta, en tercero con mi biznieta, etc; en segundo grado de cognación trasversal con mi hermana (pues hay una generación entre mi hermana y mi padre, y otra entre mi padre y yo); en tercero de cognación trasversal con mi sobrina (porque el ascendiente común más cercano es mi padre o madre, que está conmigo en primer grado, y con mi sobrina en segundo); en cuarto de cognación trasversal con mi prima hermana; en quinto con la hija de mi primo hermano, etc. La cognación colateral supone siempre dos líneas, esto es, dos series de generaciones, que se juntan y confunden en el autor común más cercano (*tit. Inst. de gradibus cogn.; tit. de grad. et affin.*).

En la cognación directa, o como se dice generalmente, en la línea recta de cognación, es prohibido el matrimonio hasta el infinito (§ 1 *Inst. h. t.*).

Tampoco es lícito el matrimonio en el segundo grado de la cognación trasversal; sin embargo de que los descendientes de hermanos puedan contraer matrimonio entre sí, no puede nadie casarse con descendiente de un hermano o hermana; lo cual se observa aunque los hermanos no sean carnales (*germani*), sino solamente de padre (*consanguinei*) o de madre (*uterini*) (§ 2 *et* 3 *Inst., h. t.*; *Caj.* I, 61; *Paul* lib. II, *t.* XIX, § 3). Relativamente con los descendientes de mi hermano, *parentis loco sum* (§ 5 *Inst. h. t.*).

En tiempo de Cayo y aun de Ulpiano era lícito el matrimonio con [la] hija del hermano, [au]nque no con la [hija] de la hermana [(*Ulp.*] *Reg.* V, 6; [*Caj.* I.] *Inst.* I, 62). El emperador Claudio, para legitimar su matrimonio con Agripina hija de Germánico, había hecho que el Senado autorizase por regla general esta práctica. Constan-

tino restituyó a la prohibición su primitiva generalidad (*l.* 1 *Cod. Theod. de incestis nupt.*).

No hubo jamás impedimento para casarse los primos hermanos (pues ni descienden el uno del otro, ni *parentum liberorumque loco habentur*), hasta que lo prohibió Teodosio (*l. un. C. Theod. si nupt. ex rescr. pet.*). Pero esta prohibición fue levantada por los emperadores Arcadio y Honorio (*l.* 19 *C. de nuptiis*).

Son pues permitidas las nupcias entre parientes en cuarto grado, y de allí en adelante; salvo que uno de ellos esté inmediatamente bajo el tronco común, puesto que nadie puede casarse con descendiente de hermano o de hermana hasta el infinito, porque *parentis loco habetur.*

Como el impedimento de cognación o de sangre es enteramente natural, tiene cabida en toda especie de personas unidas por el vínculo de sangre, aunque carezcan de las ventajas que el derecho civil concede a los agnados que reconoce como tales. Se aplican pues las reglas precedentes aun al parentesco formado entre esclavos, o procedente de un ayuntamiento vedado; y no sólo al matrimonio, sino al concubinato y a toda especie de consorcio; procediéndose en caso de duda, como si la cognación se supiese de cierto (§ 10 *Inst. h. t.; l.* 8, *l.* 14, § 2 *et l.* 54 *de ritu nupt.*). Pasemos ahora al vínculo meramente civil que se produce por la adopción.

En la línea recta son prohibidas las nupcias. Así el padre no puede casarse con la hija o nieta, que en virtud de la adopción se halla bajo su potestad; y el impedimento subsiste (contra la regla general) aun después de disuelto el vínculo civil por la emancipación (§ 1 *Inst. de nupt.; l.* 55 *de ritu nupt.*).

En la línea transversal (como entre dos hermanos que viven bajo la potestad de un mismo padre, y entre los cuales no hay un parentesco de sangre, que impida el matrimonio), el vínculo civil no produce impedimento sino en los mismos grados en que lo produce la cognación natural. No podré

pues casarme con la hermana carnal o consanguínea de mi padre o abuelo adoptivo (*amita vel amita magna*) (*l.* 17 § 2 *de ritu nupt.*); pero no será incestuoso mi matrimonio con la hermana uterina de mi padre adoptivo, ni con la hija de mi hermana adoptiva (*l.* 12 § 4, *eod.*). Además, desvaneciéndose el impedimento por la emancipación, me será permitido tomar por mujer a la que mi padre ha adoptado, si primero la emancipa a ella o a mí (*l.* 17, *eod.*). Y si quiero adoptar a mi nuera o yerno, será necesario que primero emancipe a mi hijo o hija (*l.* 17 § 16 *eod.*); de otra manera se verificaría que estuvieran casados entre sí dos hermanos.

Al parentesco civil añadió Justiniano otro nuevo, que tiene semejanza con él, es a saber, el procedente de una especie de adopción espiritual, entre el bautizado y su padrino. Prohibió, pues, como incestuoso el matrimonio con la persona *a sacrosancto suscepto baptismata* (*l.* 26 *C. h. t.*).

6

Hay otra especie de impedimento, que es la *afinidad*, producida por un matrimonio anterior. Mientras un matrimonio dura, es evidente que ninguno de los consortes puede casarse con otra persona; pero, disuelto, subsiste entre mí y los cognados de mi primera consorte, y entre mi primera consorte y mis cognados, un vínculo que me impide en ciertos casos el matrimonio, y lo constituye *incestuoso* (*l.* 9 *C. de incestis et inut.*; § 5, 7, *Inst. h. t.*).[1]

[1] Se copia seguidamente lo que parece continuación del § 6, pero en realidad, falta alguna hoja manuscrita para completar el texto de Bello.

"...grado, sino cuando el vínculo es natural o de sangre (§ 5 *h. t. et Vinnius, ibi*). Pero se opone a esto la doctrina de Cayo (*l.* 55 § 1 *de ritu nupt.*); según la cual no me es dado tomar por mujer a la madre o tía materna (*matertera*) de mi padre adoptivo, ni a la nieta del mismo por línea femenina (a), mientras permanezco en la familia.

(a) Dice *ex filio*, pero el contexto pide *ex filia* (Pothier, *Pand.* lib. XXIII, t. 2, n. 38). Supone Pothier que Ulpiano atiende al *summum jus*, y Cayo a la pública honestidad; y que el primero no mira como incestuoso el matrimonio, que el segundo

Los jurisconsultos romanos no reconocían otros impedimentos de afinidad que los ya expresados. Los emperadores cristianos vedaron posteriormente el matrimonio entre cuñados (*l.* 2 *Cod. Theod. de incestis nupt.*), y esta prohibición, varias veces renovada, se encuentra ahora en el Código Justiniano (*l.* 5, 8, 9, *de inc. et inut.*).

Pueden casarse lícitamente mi hijo y mi nuera, y recíprocamente mi hija y mi yerno, puesto que ni son afines (según el concepto común) ni *parentum liberorumque loco habentur* (§ 8, *Inst. hoc. tit.; l.* 34 § 2, *de ritu nupt.; l.* 134, *de verb.*). Du Caurroy, con todo, se inclina a creer que se les consideraba como afines, y que no es enteramente exacta la definición común de la afinidad, pudiendo haberla no sólo entre un cónyuge y los cognados del otro, sino entre los cognados del marido y los cognados de la mujer. Fúndase en que Justiniano, después de establecer que debemos abstenernos de ciertos matrimonios *affinitatis veneratione* (§ 6 *Inst. hoc. tit.*), añade que, sin embargo (*tamen*), mis hijos pueden casarse con los de mi mujer (§ 8). El *tamen* viene inmediatamente en seguida del § 7, en que se prohibe el casamiento con la suegra o la madrastra *quia matris loco sunt;* y como no puede suponerse que los hermanos se han entre sí como padres e hijos, parece necesario referir la conjunción al párrafo precedente, en que se habla del respeto debido a la afinidad. En comprobación de la misma idea, cita Du Caurroy dos textos de Modestino en la *l.* 4 §§ 3, 6, *de grad. et affin.*, en el primero de los cuales se dice que *affines sunt viri et uxoris cognati,* y en el segundo se hace de propósito la nomenclatura de los afines, que termina por las cuñadas

prohibe sólo como inhonesto, en conformidad con el principio *Semper in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit* (*l.* 42, *de ritu nupt.*). Pero no falta razón para creer que está viciado el texto; porque el mismo Cayo (*l.* 17 § 2 *eodem*), después de comprender en una prohibición general la tía paterna y materna, y la hermana del abuelo o la abuela, añade que a la hermana del padre o del abuelo paterno no es permitido tomarlas por mujeres, aunque sólo intervenga el vínculo civil; de lo que parece inferirse que respecto de la tía materna del padre adoptivo con quien no tenemos ese vínculo, ni otro alguno, no existe la prohibición. El punto es dudoso". (Comisión Editora. Caracas).

(*inateres*). Parece pues que la común definición de la afinidad no es de la jurisprudencia romana; y que en ésta *affines* era una voz de significado algo más lato; bien que para nada se necesitaba limitarla, una vez que estaban determinadas específicamente las relaciones de una especie, que embarazaban el matrimonio.

Un enlace prohibido, y por consiguiente nulo, no produce afinidad (*l.* 4, §§ 3, 8, *de grad. et affin.*) ; como tampoco la produce el concubinato, ni el contubernio, ni la venus vaga; lo que, sin embargo, se limita a las ventajas que las leyes conceden a los afines, no a las prohibiciones de matrimonio que esta especie de parentesco produce. Si se prohibe el matrimonio entre uno de los cónyuges y los ascendientes o descendientes del otro, es, por ejemplo, para que un hombre no cohabite sucesivamente con la madre y la hija, y bajo este respecto importa poco que el primer enlace no haya sido legítimo. Así, se mira como entenada de un hombre, toda hija nacida de su mujer y de otro hombre (*l. 7 de grad. et affin.*). Lo mismo se extiende al matrimonio que se ha disuelto por el divorcio, y la afinidad producida por él no alcanza, en rigor, a los parientes que aún no han nacido, y sin embargo ella basta para el impedimento legal. Así, cuando una mujer divorciada vuelve a casarse, la hija del segundo marido no es, en rigor, entenada del primero, como lo declaran las palabras *privigna, quasi prius nata.* Se puede dudar de esta etimología, como de otras de los antiguos jurisconsultos. *Privignus est prium gnatus,* por oposición a los hijos que son comunes de ambos esposos. El vocablo castellano entenado corresponde a *prius natus;* pero también se dice *alnado* y *entenada, antenata.* Mas aunque no haya afinidad legal rigorosa, no es menos cierto que el primer marido ha tenido con la madre una comunicación que, sin ofender a las buenas costumbres, no podría tener después con la hija (§ 9, *Inst. hoc. tit.; l.* 12 § 3 *de ritu nupt.*).

7

Hay otro género de impedimentos, que no produce uniones *incestuosas*, sino desaprobadas por la moral pública (*inhonestae*), o indecorosas (*indecorae*), opuestas al interés de la religión o del Estado (*noxiae*). Constituye enlaces inhonestos el impedimento de quasi afinidad, que nace de los esponsales, esto es, de la mutua promesa de matrimonio, y en virtud del cual no me es lícito casarme con la que estuvo desposada con mi padre o mi hijo (*l.* 12 § 1, 2, *de ritu nupt.*). Están asimismo prohibidas como contrarias a la moral pública las nupcias entre el adúltero y la adúltera, el raptor y la robada (*l.* 26 *de ritu nupt.; l. un.* § 1 *C. de virgin. rapt.; Nov.* 134 *c.* 12).

Por la ley de las XII tablas era prohibido el matrimonio entre patricios y plebeyos; pero fue permitido poco después (el año 309) por la ley *Canuleya* (Pothier, *Pand, lib.* XXIII, *tit.* 2, n. 56). Quedó, sin embargo, vedado entre ingenuos y libertinos, hasta la ley *Julia de maritandis ordinibus,* dada en 757 bajo el reinado de Augusto, confirmada y ampliada por la *Papia Popea* (año 762, en el consulado de Papio Mutilo y Q. Poppeo). Estas leyes limitaron la prohibición a los Senadores y sus hijos o nietos con personas de la clase libertina (*Ulp.* XIII, 1; *l.* 23 *et l.* 44 *pr. et* § 1, *de ritu nupt.*), y a todo ingenuo con personas de mala nota (*Ulp.* XIII, 2; *l.* 43 pr. § 1, 2, 3, 6, 7, 8, *eod.*). Pero por la Novela 118 c. 6 se permitió el matrimonio de todo individuo, por elevado que fuese, con cualquier persona libre.

Finalmente podemos contar entre los enlaces perniciosos los siguientes:

Un senadoconsulto expedido bajo el reinado de Marco Aurelio prohibe el matrimonio de su tutor o curador, o de su hijo o nieto con la mujer que está bajo su tutela o curaduría, a menos que el padre de la mujer la haya desposado con él o destinádosela por testamento (*l.* 36, 59, 60, 66, 67,

de ritu nupt.); y dura el obstáculo mientras que la mujer pueda ser restituida contra las cuentas dadas por el tutor o curador, es decir, hasta la edad de veintiséis años cumplidos (*d. l.* 66 *pr.*). No se prohibe al tutor casar su hija con el pupilo (*l.* 64 § 2 *eod.*).

Prohíbese asimismo a los empleados públicos casarse o dejar que se casen sus hijos con mujer domiciliada en la provincia en que ejercen su empleo, salvo el caso de precedentes esponsales: (*l.* 38 *pr. et* § 1, *l.* 57 *eod.*).

Los emperadores cristianos prohibieron el matrimonio entre cristianos y judíos (*l.* 6 *C. de judaeis*).

8

Para el valor del matrimonio no se prescriben por regla general, otros requisitos que los hasta aquí enumerados. El aparato y ceremonias con que se contrae, no son necesarios para su legitimidad. El instrumento dotal es sólo una prueba, que puede suplirse o reponerse por otras (*l.* 9, 13, 22, *C. h. t.*). Las nupcias se contraen por el mero consentimiento, aun sin la consumación: *nuptias non concubitus sed consensus facit* (*l.* 30 *de R. J.*). Justiniano, sin embargo, exigió, para que valiesen las de personas ilustres, instrumento dotal, o declaración verbal a presencia de testigos ante el defensor de la iglesia, y registrada por éste (*Nov.* 74 *c.* 4, *Nov.* 117, *c.* 4).

9

Los consortes que cumplen con las condiciones legales se hacen por el hecho del consentimiento *vir et uxor;* adquieren, relativamente a los bienes, derechos peculiares de que hablaremos a su tiempo, y sus hijos, concebidos en el estado de matrimonio, son legítimos y siguen la condición del padre. De otro modo no hay matrimonio civil (*justum*), ni *vir et uxor,* ni hijos legítimos, ni derecho alguno civil

procedente de matrimonio, o constituido en consideración a él (§ 12 *h. t.*). Así era, que, efectuado el matrimonio después de la concepción, no seguía el hijo la condición del padre, ni nacía bajo su potestad o en su familia, y era semejante a los *spurii* o *vulgo concepti*. Pero introducida por los emperadores la legitimación, se mitigó en esta parte el derecho antiguo, como luego veremos.

Hay casos tan[1] . . .

10

El matrimonio civil produce una perfecta igualdad de condición entre los cónyuges, y los hace participantes de una misma suerte: el marido asocia la mujer a su culto y al rango social que ocupa. Pero en el concubinato el hombre toma una mujer, no una verdadera consorte, porque no la iguala a sí, ni la mira con la afección marital, que caracteriza a las *nuptiae* o *justum matrimonium*. Esta afección se presume, cuando la mujer es ingenua y de buenas costumbres; si, por el contrario, ha sido de mala vida, o si por razones políticas es prohibido tomarla por esposa, se presume concubinato. Sería menester probar lo contrario para desvanecer las presunciones legales (*l.* 3 *de concub.*, *l.* 24 *de ritu nupt.*).

Las nupcias tenían el carácter de unión *individua*, no sólo en el sentido de perfecta igualdad, sino en el de lazo indisoluble. El concubinato, al contrario, no era unión individua, sino en el segundo sentido. En uno y otro se supone, que el ánimo de los contrayentes es mantenerse unidos hasta la muerte. Ni la esposa ni la concubina se tomaban por limitado tiempo; bien que uno y otro enlace pudiesen disolverse accidentalmente por causas posteriores (*l.* 2 *de concub.*; *l.* 11 *de his qui sui vel alieni*).

Son extensivas al concubinato las condiciones que se requieren para la validez del matrimonio, en cuanto se derivan del derecho natural o atañen a las buenas costumbres.

[1] Aparece aquí una llamada de Bello a la hoja C, que no se ha encontrado en los manuscritos. (Comisión Editora. Caracas).

Así el concubinato no puede existir entre personas que no sean ambas púberes; ni es dado tener dos concubinas, o una esposa y una concubina; ni se tolera enlace en que intervenga alguno de los impedimentos que constituirían nupcias incestuosas o desaprobadas por la moral pública (*l. 56 de ritu nupt.; l.* 1 §§ 3, 4, *de concub.*). Pero no se oponen al concubinato los que nacen de causas civiles o políticas, que las harían meramente indecorosas o perniciosas. Un gobernador, por ejemplo, podría formar esta especie de consorcio con una mujer provincial (*l. 5 de concub.*). Por otra parte para tomar por concubina una mujer ingenua y de buenas costumbres, sería necesario que se manifestase el mutuo consentimiento a presencia de testigos, so pena de incurrir en caso contrario en el crimen de estupro (*l. 3 pr. eod.*).

Aun el contubernio de los siervos (que no debe confundirse con el concubinato) está sujeto a las condiciones que se derivan del derecho de gentes o conciernen a la moral pública; sea que ambas personas carezcan de libertad o una sola.

Es conveniente observar que cuando un hombre tomaba por concubina una mujer con quien el derecho natural no le impedía juntarse, la unión que contraía era permitida no sólo por la ley civil, según se ha visto, sino por la iglesia, y contraída entre fieles, era elevada a la dignidad de sacramento (a). Lo mismo se aplicaba al contubernio.

11

El matrimonio, contraído en desprecio de las prohibiciones, además de ser nulo, sujetaba los contrayentes a penas varias, más o menos graves según las circunstancias (*l. 64 et 66 de ritu nupt.*); y una de ellas es, en el caso de incesto, la confiscación de la dote (*l. 52 de ritu nupt.*).

Los jurisconsultos romanos no conocen como incesto *juris gentium* sino el cometido entre ascendientes y descen-

(a) POTHIER, *Contrat de mariage, n.* 8.

dientes, que hace no sólo incestuosa, sino *nefaria* la unión (*Caj.* I, 58; § 1 *Inst. h. t.*). Respecto de los otros incestos se usa de menos severidad con los delincuentes; bien que jamás se valida el consorcio (*l.* 2 *C. si nupt. ex reur.*).

La *legitimación*, segundo modo de adquirir la patria potestad no tiene por objeto justificar los frutos de un comercio legal, sino sólo conferir a los hijos habidos en concubinato los derechos de familia, que no han recibido al nacer. Indiferente para la familia y sucesión materna (§ 7, *Inst., de sc. Orphit.*; § 3, *Inst., de sc. Tert.*), no hace más que poner al legitimado bajo la patria potestad (*l.* 5 *C. de nat. liber.*).

Efectúase de varios modos. El primero es el ofrecimiento del hijo natural a la curia o Senado municipal de una ciudad; *oblatio curiae*. El título de decurión o miembro de la curia era honroso, pero al mismo tiempo estaba cargado de graves responsabilidades y gastos, que pesaban tanto más sobre cada miembro, cuanto era menor el número de los que componían la curia; de lo que procedía por una parte el horror de los particulares a esta corporación, y por otra la solicitud de los emperadores en conservarla y ampliarla, concediendo ciertas ventajas a los curiales, para excitar a los hombres a entrar en ella. Teodosio y Valentiniano dispusieron que ofreciendo el padre el hijo natural a la curia de su domicilio, o a la de una ciudad capital de provincia, cuando el padre fuese de Constantinopla o Roma, entrase el hijo bajo la potestad paterna y adquiriese los derechos hereditarios de legítimo. La hija se legitimaba casándose con un decurión (§ 13 *Inst. hoc. tit. et* § 2, *de hered. quae ab int.*; *l.* 3 *C., de nat. liber.*).

Ésta, con todo, era una legitimación imperfecta: el hijo sucede a su padre, pero es un extraño respecto de los otros miembros de la familia paterna. La facultad de ofrecer un hijo natural a la curia estaba limitada a los padres que carecían de posteridad legítima, pero Justiniano suprimió

esta condición, prohibiendo al padre dejar al legitimado más parte de sus bienes que al legítimo a quien menos dejare (*l.* 9 *C. de natur. lib.*).

El segundo modo de legitimación es por subsiguiente matrimonio. Constantino, en una Constitución renovada después por Zenón (*l.* 5 *C. de nat. lib.*) permitió legitimar los hijos naturales de concubina ingenua, por subsiguiente matrimonio con ella; pero este beneficio fue sólo un privilegio para los que habían nacido antes de la fecha de cada una de estas constituciones respectivamente. La de Justino (*l.* 6 *C. eod.*) fue en esta materia la primera ley general para el porvenir. En ella, sin embargo, no se concedía la legitimación sino a falta de hijos legítimos; condición que suprimió después Justiniano para legitimar por subsiguiente matrimonio, como la había suprimido para el ofrecimiento a la curia (§ 13, *Inst. de nupt.; l.* 10 *C., de natur. lib.; Nov.* XII, *c.* 4).

Para la legitimación por subsiguiente matrimonio se exige que el hijo lo sea de una concubina con quien el padre hubiese podido casarse sin contravenir a ninguna ley (§ 13, *Inst. hoc tit.;* § 2, *de hered, quae ab intest.; l.* 10, 11 *C. de natur. liber.*). Y como puede ser permitido el concubinato entre personas a quienes no es permitido contraer matrimonio, síguese que no todos los nacidos de concubinato son capaces de obtener el beneficio de la legitimación. Basta, con todo, que al momento de contraerse el matrimonio, haya llegado a ser lícito, como entre el empleado de la provincia y la mujer provincial, luego que ha cesado el empleo.

Basta asimismo que la mujer sea libre, aunque no ingenua (§ 13 *Inst. hoc. tit.; l.* 10 *C. de natur. lib.*). A la verdad, la ingenuidad parecía requerirse por la constitución de Zenón (*l.* 5 *C. eod.*); pero Justiniano ha removido toda duda, declarando que los hijos de una liberta pueden legitimarse por matrimonio, en todos los casos en que sea lícito al padre casarse con ella (*Nov.* 18, *c.* 11).

En la misma novela se autoriza la legitimación, por ma-

trimonio, de los hijos que un hombre haya tenido en su propia esclava, pero con dos condiciones: que no exista ningún hijo legítimo, y que se impetre el beneficio de regeneración (*jus aureorum annulorum, regenerationis jus*); que después de la emancipación de la madre y de los hijos borraba todos los vestigios de la servidumbre anterior, y los asimilaba a los ingenuos, aunque sin menoscabo de los derechos de patronato. Esto en la novela 18. En la 78, *c*. 1, 2, promulgada dos años después, lo que antes era privilegio, se hace regla general y por el acto de la manumisión queda regenerado el liberto. Además, desde que el patrono se casa con la liberta, el otorgamiento de la dote basta para que los hijos naturales se hagan libres, ingenuos e hijos de familia (*ib. c*. 3, 4).

Era necesario otorgar instrumento dotal, (§ 13, *Inst. hoc. tit.; l*. 6, 20 *C., de nat. lib.*). En efecto, la sola cohabitación no podía señalar el tránsito del concubinato al matrimonio; que, por otra parte, producía consecuencias de suma importancia, pues legitimando los hijos naturales, que eran forzosamente *sui juris*, los sujetaba a la potestad paterna, y los hacía herederos *suyos*. Se ha disputado si la legitimación tenía lugar aun contra la voluntad de los hijos; Vinnio, apoyándose en la *Nov*. 89 *c*. 11, cree que no, y que la escritura dotal era especialmente necesaria para que constase por ella que los hijos habían consentido en abdicar de esta manera su natural independencia. También ha sido materia de disputa si la legitimación era o no retroactiva a la época del nacimiento o de la concepción, o si sólo databa desde la celebración del matrimonio de los padres. Vinnio niega la retroactividad. En ambos nos conformamos con su opinión. Observa asimismo este célebre comentador que por escritura dotal debe entenderse en esta materia cualquier documento nupcial, pues de otra manera se seguiría que los hijos de una concubina que no pudiese dotar quedasen excluidos del beneficio de la legitimación; lo que sería durísimo.

Al principio, la existencia de hijos legítimos del legitimante dio motivo a reglas varias, abolidas después por Justiniano. La constitución de este príncipe iguala enteramente a los legitimados por subsecuente matrimonio con los legítimos. El § 13 de las *Instituciones*, según las ediciones vulgares, termina diciendo: *Quod et aliis liberis qui ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit:* texto que entendido literalmente parece absurdo; porque ¿quién podría dudar que los hijos procreados del mismo matrimonio posteriormente, nacían legítimos y bajo la potestad paterna? Du Caurroy cree que puede este texto referirse a los concebidos pero no nacidos antes del matrimonio, los cuales, dice, tenían necesidad de una declaración expresa, pues por una parte no eran legítimos no habiendo sido concebidos *ex justis nuptiis,* y por otra la legitimación tenía por objeto favorecer a los nacidos; pero esta interpretación pugna fieramente con las palabras *qui postea ex eodem matrimonio fuerint procreati.* Ni parece racional que concediéndose el beneficio a los nacidos, se vacilase en aplicarlo a los solamente concebidos. Vinnio cree viciado el texto, y siguiendo a Hotomanno lo corrige de este modo: *quod, et si nulli alii liberi,* etc.; para que se entendiese que el no procrearse del mismo matrimonio otros hijos posteriormente a él, no embarazaba la legitimación de los que habían sido procreados antes; punto que parece haber suscitado duda, pues fue decidido expresamente por una Constitución de Justiniano (*l.* 11 *C. de natur. liber.*). Cujacio corrige de otro modo: *quod si alii liberi ex eodem,* etcétera; de manera que si después del matrimonio se procreaban en él otros hijos, fuesen sin embargo legítimos los anteriores; como se decidió también por otra constitución de Justiniano (*l.* 10 *C. eod.*).

En virtud de esta legislación debía necesariamente modificarse el principio antiguo que hacía depender la legitimidad de los hijos, de la condición y estado de los padres al tiempo de la concepción. Justiniano ordenó expresamente

que se atendiese a la época del nacimiento, salvo que conviniese más a los hijos la regla anterior (*l.* 11 *C. de nat. lib.*).

Se concede también la legitimación, pero sólo a falta de hijos legítimos, cuando el matrimonio ha llegado a ser imposible por la muerte u ocultación de la madre o por su mala conducta. Concedíase entonces la legitimación por rescripto del príncipe a ruego del padre, o a ruego de los mismos hijos cuando el padre había expresado en su testamento la voluntad de legitimarlos, o la había dado a entender instituyéndolos herederos (*Nov.* 74, *c.* 2; *Nov.* 89, *c.* 9, 10). Puede con todo el príncipe *ex plenitudine potestatis* legitimar a quien quiera; pero es necesario que en el rescripto se remueva en términos expresos el obstáculo de la existencia de hijos legítimos, o de no existir impedimento para el matrimonio (*Vinnius* ...[1]).

La legitimación por rescripto no se revoca, aunque después sobrevengan hijos legítimos; y concede a los[2] ...

TÍTULO XI

De las adopciones

1, Idea general de la adopción. 2, Consecuencias que de esta idea nacen. 3, Adopción propiamente dicha y arrogación. 4, Conocimiento de causa en las adopciones y arrogaciones. 5, Arrogación del impúber. 6, Innovación introducida por Justiniano en la adopción propiamente dicha. 7, Adopción por testamento[3].

1 *

El tercer modo de adquirir la patria potestad es la adopción (*l.* 1 *pr. de adopt. et emanc.*); acto solemne, por el

[1] Aquí hay una llamada que, por estar el manuscrito roto, es imposible de identificar. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[2] Se interrumpe el manuscrito. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[3] La relación de los epígrafes no corresponde exactamente al desarrollo del título. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

* Hay otra redacción de esta página en hoja suelta tachada. Se trata, sin duda

cual se recibe bajo la potestad patria al que no está sujeto a ella. Se puede adoptar a otro no sólo por hijo, sino por nieto, sea como hijo de tal hijo determinado del adoptante, o simplemente como su nieto, sin relación a hijo alguno (*Ulp.* VIII, 7; *l.* 37, *l.* 43 *de adopt. et emanc.*); y aun puede recibirse al adoptado, no sólo como hijo o nieto, sino como descendiente de grado ulterior (§ 5. *Inst. h. t.*).

de un texto anterior, que no fue tomado en cuenta para la redacción final. Lo damos en forma de nota.

"Fórmase la agnación por el vínculo de patria potestad, como la cognación por la sangre. Así el padre de familia tiene por agnados a sus hijos de uno y otro sexo, y a los nietos por línea masculina (porque los hijos de la hija pertenecen a la potestad del yerno); y todos éstos son agnados entre sí; y cada uno de los varones, mediante la potestad patria que a su vez ejerce, extenderá indefinidamente el ámbito de la agnación. Por medio de la adopción se hace agnado del adoptante y de sus agnados el que no lo era, pero dejando de pertenecer a la familia de que antes era miembro o jefe; de modo que si por una parte se adquiere la patria potestad, por otra se pierde. La adopción no da por sí sola parentesco alguno con la esposa o con los parientes del adoptante, que no son agnados de ésta; por ej., con su madre, abuela o hermana uterina (*l.* 23 *de adopt. et emanc.*). Y si adoptando damos un nuevo agnado a la familia, emancipando excluimos de ella un miembro, y cerramos su parentesco de agnación con los otros (*l.* 13 *eod.*).

"Los hijos o descendientes *ex justis nuptiis* o legitimados pierden por la mancipación los derechos de agnación, pero permanecen cognados; al paso que el parentesco formado por la sola agnación, se destruye de todo punto por la mancipación; o por la adopción en otra familia (*d. l.* 23).

"Llámanse naturales (*liberi naturales*) por oposición a los *adoptivos*, los hijos de familia que descienden verdaderamente del jefe de ella; y se da el mismo título a los habidos en concubina, por oposición a los *legítimos*, que proceden del matrimonio civil, legitimación o adopción. Los habidos en concubina son *meramente naturales*, como los adquiridos por la sola adopción, *meramente legítimos*. La misma variedad de títulos y de sentidos se aplica a los padres o ascendientes.

"Adoptada una persona por hijo, se hace hermano adoptivo de todos los hijos o descendientes de primer grado que están bajo la potestad del adoptante; tío de los de segundo grado, y así sucesivamente, contándose los grados como en el parentesco de sangre. Pero adoptada una persona por nieto, *quasi filius ex tali filio*, es sobrino de todos los hijos del adoptante, excepto aquel hijo determinado, y primo de todos los nietos del adoptante, menos los hijos de aquel hijo, con respecto a los cuales es hermano adoptivo. Y si ha sido adoptado por nieto, pero sin relación a hijo determinado del adoptante, es sobrino de todos los hijos que se hallan bajo la potestad de éste, y primo hermano de todos los nietos.

"Sobre lo cual hay que notar: 1º, que puede adoptar a una persona por nieto o bisnieto, aun el que no tiene hijo alguno (*Ulp.* VIII, 7; *l.* 37 *de adopt. et em.*; § 5 *Inst. h. t.*); 2º, que no se puede adoptar a nadie por nieto *quasi ex filia*, porque los hijos de la hija no pertenecen a la potestad del abuelo, 3º, que para adoptar a una persona por nieto *quasi ex tali filio*, es necesario que este hijo consienta, porque muerto el abuelo adoptivo, recaería el adoptado bajo la potestad del hijo sin su consentimiento, y nadie debe hallarse bajo la potestad de otro contra su voluntad (*l.* 6 *de adopt. et emanc.*; § 7 *Inst. h. t.*). A falta de su consentimiento, el adoptado por nieto no lo sería sino *quasi ex incerto filio* (*l.* 11, *l.* 44, *eod.*; Pothier, *lib.* 1, *tit.* 7, *n.* 26, *nota* 5)". (Comisión Editora. Caracas).

2

La adopción, como acto solemne, pertenece al derecho civil, y no puede concebirse sino entre ciudadanos romanos: la de un esclavo por su dueño no le da derecho alguno de familia, ni es más que una forma de manumisión, según se dijo en su lugar (§ 12 *Inst. h. t.*). Y debiendo haber entre el adoptante y el adoptado la relación de padre a hijo o a descendiente de ulterior grado, no pueden adoptar los impúberes, y es preciso que la edad del adoptante exceda a la del adoptado que se recibe por hijo no menos de dieciocho años, que hacen una pubertad plena (*Caj.* I, 106; *l.* 40, § 1 *de adopt. et emanc.*; § 4 *Inst. h. t.*). Por consiguiente, si alguno es adoptado por nieto o bisnieto, es natural que el adoptante no le exceda en menos de dos o tres pubertades plenas, y que si se le adopta como hijo o descendiente de un hijo determinado, haya entre las edades de éstos la correspondiente diferencia.

Imita pues la adopción a la naturaleza (*l.* 16 *eod.*), y por tanto parece que no debieran adoptar los impotentes; pero sólo se niega esta facultad a los castrados (*Caj.* I, 103; *Ulp.* VIII, 6; *l.* 2 § 1 *et l.* 40 § 2 *eod.*; § 9 *Inst. h. t.*).

Spado est qui aliquo morbo laborat quo fiat minus aptus ad generandum, dice Pothier (*Pand. lib.* I, *tit.* VII, *n.* 16). Según este escritor, el impedimento del *Spado* es temporal y sanable, y por eso se le permite que adopte; opinión que ha sido también la de Vinnio. Du Caurroy cree con mejor fundamento que esa denominación abraza a todos los impotentes; que el derecho no considera la impotencia en general como un impedimento que incapacite para adoptar; y que los castrados (*qui virilitatem amiserunt*) forman una excepción a la regla. Cita en su apoyo la *l.* 4 § 2 *ad leg. Corn. de sic.*, y la 7 *de aedil. ed.*, en las cuales se comprende a los *castrati* bajo la denominación de *spadones*. Es manifiesto que en esta parte se ha querido equiparar la adopción a las nupcias (*l.* 39 § 1 *de jure dot.*).

Siendo el objeto de la adopción adquirir la patria potestad sobre una persona, es evidente que no puedan adoptar las mujeres (*Caj.* I, 104; *Ulp.* VIII, 9; § 10 *Inst. h. t.*). Bien que por gracia del príncipe se les permite para consolarse de la pérdida de sus hijos (Constitución de Diocleciano y Maximiano que es la *l.* 5, *C. h. t.;* § 10 *Inst. h. t.*). Pero los adoptados por una mujer no caen bajo su potestad (de que es absolutamente incapaz), ni entran en su familia, ni contraen con ella parentesco alguno; adquiriendo solamente el derecho de sucederle y el de impugnar su testamento, como si fueran *ex justis nuptiis.* Así lo cree Du Caurroy alegando la citada constitución. Hace al mismo propósito, un texto de Ulpiano (*l.* 29 § 3 *de inoff. test.*), a saber: *Quoniam femina nullum adoptare filium sine jussu principis potest, nec de inofficioso testamento ejus, quam quis sibi matrem adoptivam falso existimabat, agere potest.* Las palabras *sine jussu principis* no pueden ser de Ulpiano, en cuyo tiempo no era conocida esta adopción imperfecta (Pothier, *Pand. lib.* V, *tit.* II, *n.* 6). Han sido pues interpoladas por los redactores del Digesto, o por los antiguos glosadores; y en concepto de unos u otros parece que los hijos adoptivos tenían derecho de atacar el testamento de la madre.

Además, como el que vive bajo la patria potestad no puede ejercerla, se sigue también que el hijo de familia es incapaz de adoptar. Sin embargo, puede tener hijos adoptivos; cuales son los que con su consentimiento adopta el padre como hijos de este hijo y nietos suyos (*l.* 10 *de adopt. et emancip.*).

Y como la patria potestad y el derecho de patronato ejercidos sobre una misma persona, se embarazarían mutuamente, no era permitida la adopción del liberto sino por su patrono (*l.* 15 § 3 *de adopt. et em.*); a no ser hijo del adoptante, *in servitute quae situs* (*l.* 46 *de adopt. et em.*). Pero no puede adoptar a un liberto sino el patrono que carece de posteridad (*l.* 3 *C. h. t.*).

Síguese también de la idea general que se ha dado de la

adopción, que podemos adoptar a toda persona que no se halle bajo nuestra potestad, como nuestros hijos emancipados. Por el mismo principio era permitido en el derecho antiguo adoptar a un hijo natural (*l.* ult. *de his qui sui vel al.*), y hasta a un hijo espurio, como lo era el habido en servidumbre (*l.* 46 *de adopt. et emanc.*). Pero Justino vedó la adopción de los meramente naturales (*l.* 7 *C. de natur. lib.*); disposición confirmada por Justiniano (*Nov.* 74, *c.* 3).

3

La adopción es de dos especies: la adopción propiamente dicha, y la arrogación. Adoptamos hijos de familia; arrogamos personas *sui juris* (*Caj.* I, 99; *l.* 1 § 1 *de adopt. et emanc.*).

La adopción de los hijos de familia, o adopción propiamente dicha, trasmite la potestad paterna de un hombre a otro. La ley de las Doce Tablas no indicaba ningún medio directo de hacerlo, pero como el padre tenía el derecho de vender a sus hijos y demás descendientes que se hallaban bajo su potestad, el que deseaba dar un descendiente en adopción, lo enajenaba mancipándolo. Una sola mancipación bastaba para la hija o nieto; para el hijo varón se requerían tres. El comprador lo manumitía para que volviese a poder del padre; el cual lo mancipaba de nuevo. Manumitido segunda vez, recaía como antes bajo la patria potestad; la tercera mancipación agotaba los derechos del padre.

La mancipación era una venta simbólica. El mancipador, ante el magistrado competente, y a presencia de cinco testigos, ciudadanos romanos (a quienes un ministril llamado *antestato* tocaba la oreja para que atestiguaran), decía al comprador simbólico: *mancipo, tibi hunc filium qui meus est:* el comprador entonces, con una moneda de cobre en una mano y asiendo con la otra al mancipado, decía: *hunc ego hominem jure quiritium meum esse aio, isque mihi emp-*

tus est hoc aere aeneaque libra, y tocaba con la moneda la balanza que otro ministril llamado *libripende* tenía colgada de la mano (Pothier, *Pand. lib.* I, *tit.* VII, *n.* 7; Hein. *antiquit. rom. lib.* I, *tit.* XI, § XV).

Requeríase con todo algo más para que el comprador adquiriera la patria potestad. Después de la única o la tercera manumisión, reemancipaba el hijo o descendiente al padre, y luego lo reivindicaba ante el pretor, el cual lo declaraba hijo o descendiente del adoptante, a presencia y sin contradicción del padre (*Caj.* I, 132, 134). (a)

No eran tan de rigor las palabras rituales, que no pudiese el mancipador dar a entender su voluntad de otro modo, mas entonces era necesario que el pretor confirmase la adopción (*l.* 29 *de adopt. et emanc.;* Pothier, *Pand. lib.* I, *tit.* 7, *n.* 8).

Largo tiempo hacía que estos actos se habían convertido en meras formas, cuando Justiniano los abolió, exigiendo una simple declaración ante el magistrado competente, a presencia de los dos padres y del adoptado, y sin contradicción de este último (§ 8 *Inst. quibus modis jus patr. pot.; l.* 11 *C. de adopt.*).

En la arrogación un individuo *sui juris* se somete a la potestad de otro. Para ello se necesitaba al principio una ley en los comicios curiados, y de aquí el nombre de arrogación. Rogábase, en efecto, al pueblo en estos términos: *Velitis, jubeatis, quirites uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset; utique ei vitae necisque in eo potestas siet, utri patri endo filio est.* Siendo necesaria la presencia de los dos, el arrogado debía ser capaz de parecer en las asambleas populares, y de abdicar su propia independencia; por consiguiente, era forzoso que fuese varón y púber. La arrogación le

(a) Du Caurroy, § 1 *h. t.* El texto de Cayo indica que el objeto de la remancipación al [padre] podría lograrse de otro modo (menos cómodo), [que c]onsistía en que el hijo o descendiente *jure pa[tris] mancipabatur.* ¿Era esto una *in jure cessio?* El pa[pel] está desgraciadamente mutilado.

hacía heredero; y las leyes sobre la herencia intestada no podían variar de aplicación sino en virtud de otra ley. Intervenían además los pontífices, porque el acto hacía al arrogado partícipe de las ceremonias religiosas de la familia en que entraba. Después habiendo pasado el poder legislativo al emperador, se efectuaba la arrogación *ex principali rescripto;* y cesó desde entonces el embarazo para que se arrogasen mujeres e impúberes.

Tal es la explicación de Heineccio (*Antiq. lib.* I, *tit.* X); contra la cual se objeta que Ulpiano (VIII, 5) hace diferencia entre la arrogación de las mujeres y la de los impúberes, diciendo que las primeras no eran arrogadas *per populum,* como lo eran los otros, en virtud de una constitución de Antonino; y esto en un tiempo en que todavía no aparece vestigio de la arrogación *ex rescripto.* Los impúberes eran pues arrogados en las asambleas curiadas, posteriormente a la constitución citada; las mujeres no lo eran todavía de modo alguno. De éstas dice la *l.* 21 *de adopt. et emanc.,* que es un fragmento de Cayo, *nam et feminae ex rescripto principii arrogari possunt;* de donde infiere Heineccio que la arrogación *ex rescripto* estaba ya en uso no sólo en la edad de Ulpiano sino en la de Cayo. Pero ese fragmento fue interpolado por los redactores del Digesto, como lo han manifestado recientemente las Instituciones de aquel jurisconsulto (I, 98, *et sequ.*); pasaje que nos ha parecido bastante notable para trasladarlo a la letra: § 98. *Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate, aut imperio magistratus, velut praetoris.* 99. *Populi auctoritate adoptamus eos qui sui juris sunt; quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est, interrogatur an velit eum, quem adoptaturus sit, justum sibi filium esse; et is qui adoptatur, rogatur an id fieri patiatur; et populus rogatur an id fieri jubeat. Imperio magistratus adoptamus eos qui in potestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius et filia, sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.* 100. *Et quidem*

illa adoptio quae per populum fit, nunquam nisi Romae fit; at haec etiam in provinciis apud praesides eorum fieri solet. 101. *Item per populum feminae non adoptantur, nam id magis placuit. Apud praetorem vero, vel in provinciis apud proconsulem legatumve, etiam feminae solent adoptari.* 102. *Item impuberem apud populum adoptare aliquando prohibitum est, aliquando permissum est; nunc ex epistola optimi imperatoris Antonini quam scripsit Pontificibus, si justa causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam conditionibus permissum est. Apud praetorem et in provinciis, apud proconsulem legatumve cujuscumquae aetatis (homines) adoptare possumus.*

Así en tiempo de Cayo y de Ulpiano la arrogación era siempre ante el pueblo, y sin embargo se arrogaban impúberes; y si no se arrogaban mujeres no debía de ser por la razón que da Heineccio, sino, como dice Cayo, porque *id magis placuit.* Lo que puede creerse es que la teoría de Heineccio se adapta a la época en que todavía se conservaban puras las formas antiguas de los comicios; que éstas degeneraron poco a poco bajo el imperio; que, destituidas de todo sentido, abrieron la puerta a la constitución de Antonino, en que se permitió la arrogación de los impúberes *per populum;* pero que no pareció propio extender la misma gracia a las mujeres; *nam id magis placuit.* Al fin desapareció hasta la sombra de los comicios curiados en que se celebraba este acto; y no haciéndose las arrogaciones sino *ex rescripto principali* (*Diocl. et. Max. l.* 4 *C. h. t.*). Se extendió a las mujeres *sui juris* la facultad de abdicar su independencia de este modo (b).

La adopción, propiamente dicha, era una acción de ley, es decir, un acto que debía celebrarse con rito solemne entre un magistrado superior (el pretor en Roma, el presidente o Jefe Supremo en las provincias); pero excepcionalmente la autorizaban a veces los magistrados municipales a quienes

(b) Du Caurroy, § 1, 3, *h. t.*

se había concedido la *acción de ley* (*l.* 34, *de adopt. et em.; l.* 1, *C. h. t.; Paul.* II, *tit.* XXV, 4). La arrogación ya se ha dicho que primitivamente se otorgaba por el pueblo; obtenida después por rescripto imperial, se intimaba al magistrado superior (*l.* 2 *C. h. t.*).

La adopción, propiamente dicha, a semejanza de las otras acciones de ley, no admite día, condición ni procurador. Debían en ella estar presentes el adoptante y el adoptado; y era necesario que consintiera el segundo, o que a lo menos no contradijese. Podía pues darse en adopción un infante (*l.* 5, *l.* 34, *l.* 25 § 1, *l.* 42, *de adopt. et emanc.*).

Era también indispensable la presencia y el consentimiento del arrogado; en términos que ni aun los hijos naturales o mancipados podían, contra su voluntad, ser arrogados por el padre (*l.* 24 *eod., l. ult. de his qui sui vel al.*). Exigíase además el consentimiento del tutor o curador del arrogado, si se hallaba bajo tutela o curaduría ((*l.* 8 *de adopt. et emanc.*).

La adopción propiamente dicha no somete a la potestad del adoptante sino la persona del adoptado. El efecto de la arrogación es diferente. El arrogado y todos los hijos que éste tenga bajo su potestad, sean naturales o adoptivos, caen bajo la potestad del arrogador. Los bienes del arrogado pasaban también al arrogador, a consecuencia de la potestad patria adquirida por éste; pero esta adquisición ha sido después considerablemente modificada, como se verá en su lugar. Los hijos del arrogado pasan, en la familia del padre adoptivo, a un grado inferior al que ocupaban en la familia que dejan; los hijos del arrogado se hacen como nietos del arrogador (*Caj.* I, 107; *l.* 2 § 2 *h. t.;* § 11 *Inst. h. t.;* § 1 *Inst. per quas pers. nob. acq.;* § 2 *Inst. de acq. per adrog.*).

Es una regla común a la adopción propia y a la arrogación, que si el padre adoptivo emancipa o da una nueva adopción al adoptado, no pueda ya adoptarle otra vez (*l.* 37 § 1 *de adopt. et emanc.*). Pero a los hijos naturales es

siempre permitido volver por la adopción a la familia primitiva (*l.* 12, *l.* 15 § 1 *eod.*).

4

La adopción, y sobre todo la arrogación, es precedida de conocimiento de causa, en que se examina, si no convendría más al adoptante que no ha llegado a la edad de sesenta años y goza de buena salud y trata de adoptar a alguna persona con quien no le unan relaciones estrechas (*conjunctum*), recurrir al matrimonio para tener posteridad (*l.* 15 § 2, *l.* 17 § 2, *de adopt. et em.*); y si teniendo uno o más hijos, no perjudica a sus justas esperanzas aumentando su número, o no perjudica al adoptado (*d. l.* 17 § 3). Ni se permite adoptar a muchos sino con justa causa (*d. l.* 15 § 3).

La adopción en que se ha faltado a alguno de los requisitos legales, puede ser confirmada por el príncipe con conocimiento de causa (*l.* 38 *eod.*).

5

La arrogación del impúber está sometida a reglas especiales. Examínase si le es honrosa, y conveniente a sus intereses, según las costumbres y la fortuna del arrogador (*Caj.* I, 102; *l.* 17 § 2 *de adopt. et em.;* § 3 *Inst. h. t.*).

No se permite que sea arrogado un impúber sino por persona que parezca hacerlo movida del afecto de parentesco y de las más puras intenciones (*d. l.* 17 § 1).

El arrogador es obligado a restituir al arrogado sus bienes, si le emancipa o le deshereda; y en caso de morir el arrogado antes de la pubertad, debe hacer la restitución a las personas que habrían heredado al impúber, si no hubiera pasado a otra familia. Para asegurar esta última restitución, ha de dar fiador, que se obligue al efecto con un título público

(*personae publicae, tabulario*), que, como tal, podía adquirir para otro; no directamente con los interesados, que eran personas inciertas. Además, si emancipa sin justa causa al arrogado, o si le deshereda, debe dejarle la cuarta parte de sus bienes, llamada *Cuarta Antonina*, por haberlo así dispuesto el Emperador Antonino Pío. Se impone esta cuarta al desheredado, sin distinguir si la exheredación ha sido con causa o no, porque el arrogador que tenga motivo de quejarse de su hijo adoptivo, puede emanciparlo (*Caj.* I, 102; *Ulp.* VIII, 5; *l.* 17 § 5, *l.* 18, 19, 20 *de adopt. et emanc.; l.* 2 *C. h. t.;* § 3 *Inst. h. t.; Vinnius, hic.*).

La cuarta de Antonino Pío se entiende generalmente, no la de todos los bienes, sino la de la parte que sin testamento hubiera cabido al impúber, que era lo que se debía a los otros hijos. Y en efecto, no parece haber razón para que fuese de mejor calidad el arrogado que el hijo natural y legítimo, o para que se tratase más favorablemente al emancipado o desheredado que al que permanecía sin esa tacha en la familia. Pero Heineccio presenta razones graves para que se entienda la cuarta de todos los bienes, y desata satisfactoriamente las dificultades (*Inst. lib.* I, *tit.* VII, § 181).

Dúdase si esta cuarta ha debido aumentarse cuando lo fue la legítima de los hijos por la *Nov.* 18, *c.* 1, que la hace subir al tercio, no habiendo menos de cuatro, y a la mitad de los bienes, habiendo cinco o más. Vinnio adopta la afirmativa, fundándose en que no debe dañar al pupilo lo que se ha establecido para su beneficio. Estas disposiciones son exclusivamente en favor del arrogado impúber, de cualquier sexo (*d. l.* 20 § 1).

6

La adopción propiamente dicha podía causar un grave perjuicio al adoptado privándolo de la esperanza de suceder al padre natural. El Senadoconsulto Sabiniano parece haberse

propuesto remediar en parte este inconveniente dando al adoptado de sexo viril la cuarta de los bienes en la sucesión del padre adoptivo, cuando tenía dos hermanos en su familia natural (*l. pen.* § 3 *C. h. t.;* Pothier, *Pand. lib.* I, *tit.* VII, *n.* 32). Este senadoconsulto quedó sin efecto por la disposición de Justiniano, que precavía de un modo más completo los perjuicios eventuales de la adopción.

El hijo de familia adoptado perdía la herencia del padre natural, sin tener segura la del padre adoptivo, que podía excluirle del número de sus hijos emancipándole. A la verdad, si la emancipación se efectuaba antes del fallecimiento del padre natural, tenía derecho a la herencia de éste, como se verá en su lugar. Pero ocurriendo la emancipación después del fallecimiento del padre natural, se hallaba el hijo en una posición sumamente desventajosa; no había sucedido en los bienes al padre natural, porque, a la muerte de éste, la adopción, que le había sacado de su familia, subsistía; y tampoco tenía derecho a la sucesión del padre adoptivo, porque éste, emancipándolo, había destruido el vínculo de patria potestad, que era el único que a él le unía. Para proveer a este inconveniente, decide Justiniano que el hijo o la hija dados en adopción a un extraño, es decir, a todo el que no sea descendiente suyo, queda bajo la potestad y en la familia del padre natural (*l.* 10 § 1 *C. h. t.;* § 2 *Inst. h. t.*); y sin embargo, el adoptado se hace hijo del adoptante, en cuanto puede sucederle *ab intestato*, aunque sin derecho para impugnar su testamento. Esto sin embargo no se aplicaba indistintamente sino a los herederos de primer grado, los hijos; en cuanto a los nietos, los que dependían inmediatamente del abuelo, estaban comprendidos en la disposición de Justiniano, los que tenían un padre en la familia, no siendo herederos *suyos* del abuelo, podían ser adoptados perfectamente por un extraño (*l.* 10 § 4 *C. h. t.*).

TRAITE

DE

DROIT ROMAIN,

PAR M. F. C. DE SAVIGNY,

MEMBRE DE L'INSTITUT DE FRANCE;

TRADUIT DE L'ALLEMAND

PAR M. CH. GUENOUX,

DOCTEUR EN DROIT.

Tome Premier.

PARIS,

FIRMIN DIDOT FRÈRES, LIBRAIRES,

IMPRIMEURS DE L'INSTITUT,

RUE JACOB, 56

1840.

Facsímil de la portada de la edición francesa de 1840, del *Tratado de Derecho Romano* de Savigny.

Título XII

De qué modos se disuelve el derecho de patria potestad

1, Varios modos de disolverse la potestad patria. 2, Emancipación. 3, Acontecimientos diversos.

1

La patria potestad no se disuelve por el mero consentimiento de las partes; porque para ello es necesario ya un acto solemne, ya un acontecimiento independiente de la voluntad de las partes (*l.* 3 *C. de emanc.*).

Uno de los actos solemnes que ponen fin a la patria potestad de una persona sobre otra, es la adopción propiamente dicha; pero ella no disuelve propiamente los derechos del padre de familia, sino los trasmite a un tercero, permaneciendo siempre bajo potestad el adoptado.

El acto solemne que disuelve verdaderamente la potestad paterna es la *emancipación.* En ella abdica el padre sus derechos sobre el hijo o descendiente, que se hace, en consecuencia, *sui juris.*

2

Los hijos y demás descendientes mancipados por el padre de familia no caían bajo la potestad patria del comprador. Hallábanse entonces *servorum loco, in mancipio, in mancipii causa,* como se ha dicho antes. Manumitidos por el comprador, se hacían *sui juris;* bien que con una notable diferencia entre los hijos varones y las hijas y demás descendientes que tenía bajo su potestad el padre de familia.

El padre mancipaba al hijo varón; el comprador lo manumitía por vindicta; el hijo volvía de este modo a la potes-

tad del padre, que lo mancipaba de nuevo a la misma persona o a otra, aunque ordinariamente a la misma: manumitido otra vez caía de nuevo en la potestad del padre, y mancipándolo el padre por tercera vez, quedaban agotados los derechos paternos, según la ley de las Doce Tablas: *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.* Quedaba entonces *in mancipio,* y manumitido por el comprador, se hacía sin duda *sui juris;* pero en tal caso tocaba, no al padre sino al comprador el derecho de patronato sobre la sucesión del manumiso. Para que el padre adquiriese este derecho, era menester que el comprador le remancipase al hijo, y que fuera el padre el que definitivamente lo manumitiese. A fin, pues, de que el comprador estuviese obligado a manumitir después de la primera y segunda mancipación, y a emancipar después de la tercera, intervenía entre los dos un contrato de fiducia, que le obligaba a ello, y por el cual se dio al comprador el título de padre fiduciario. Esto por lo que toca al hijo varón. Las dos primeras mancipaciones y las consiguientes manumisiones se omitían, si se trataba de emancipar la hija, o cualquier otro descendiente (*Caj.* I, 132; *Epitome Caj. Inst. in codice Alariciano,* I, 6 § 3). (a)

Para emancipar de este modo era indispensable la presencia del hijo, circunstancia que no podía menos de embarazar muchas veces el acto. A fin de remediar este inconveniente se introdujo por una constitución del emperador Anastasio la emancipación *ex rescripto principis.* El padre no estaba sujeto a más formalidad, que la de presentar y depositar el rescripto ante el competente magistrado (*l. 5 C. de emancip. lib.*).

Justiniano suprime totalmente las antiguas formas, y permite al padre presentarse, sin previo rescripto, al magistrado competente, y abdicar allí su potestad. En virtud de la simple declaración del padre, el hijo de familia se hace

(a) El objeto de la remancipación se obtenía también por la *jure mancipatio,* de que ya se ha hecho mención en una nota al título *De las adopciones.*

sui juris, y esta mancipación produce todos los efectos de la antigua, de que sólo es abolido el rito (*l.* 6 *C. eod.*). Por consiguiente el emancipado es como un liberto del padre, que tiene sobre los bienes del hijo los derechos de verdadero patrono, según se verá después; y si es impúber, ejerce su tutela, como también se dirá en su lugar; y en caso de ingratitud puede reducirle de nuevo a la potestad de que le ha eximido (*l.* 1, *C. de ingr. lib.*); cosas todas en que el emancipado se asemeja al liberto. (a)

Así como se permite dar en adopción, se permite emancipar al hijo, reteniéndose bajo potestad el nieto, y recíprocamente (*l.* 28 *de adopt. et em.;* § 7 *Inst. h. t.*). Pero es de notar que si se emancipa o se da en adopción el hijo cuya mujer está encinta, lo que de ella nace cae bajo la potestad del emancipador o del que dio en adopción; que, en general, ni los hijos naturales ni los adoptivos pueden obligar a sus padres a emanciparlos (§ 9 *Inst. h. t.*); que la emancipación, como la adopción, exige la no contradicción del hijo de familia; y que el abuelo, ni para emancipar ni para dar en adopción el nieto, necesita el consentimiento del padre (§ 7 *h. t.*).

Con todo, el impúber arrogado, tiene derecho para obtener su emancipación, si llegado a la pubertad demuestra que la arrogación le infiere perjuicio (*l.* 35 *de adopt. et emanc.*). El padre que maltrata a sus hijos puede también ser obligado a emanciparlos (*l.* 5 *si a par. quis*); y una constitución de Teodosio y Valentiniano sustrae a la potestad paternal o dominica la mujer que el padre o dueño prostituye contra su voluntad (*l.* 6 *de spect. et scen.; l.* 12 *de episc. aud.*). Piérdese en estos casos el derecho de patronato.

(a) La semejanza no era completa; porque: 1º, el emancipador no trasmite a sus hijos sus derechos a la sucesión del emancipado (*l.* 1 § 5 *si a par. quis*); 2º, no tiene la acción *Fabiana* o *Calviciana*, que se daba al patrono para rescindir las enajenaciones del liberto, hechas en fraude de sus derechos sucesorios (*l.* 2 *eod.*); 3º, no vale la promesa de obras hecha por el hijo al padre (*l.* 4 *eod.*); 4º, según el orden de sucesión del derecho novísimo no era necesario al emancipador suceder como patrono en los bienes del emancipado. (*Nov.* 115, *c.* 4; *Nov.* 118, *c.* 2).

3

El más frecuente de los acontecimientos que ponen fin a la potestad patria, es la muerte del padre o del hijo.

La del padre hace *sui juris* a los descendientes que le estaban inmediatamente sujetos, como los hijos o descendientes de primer grado, y los descendientes de grados ulteriores cuando los de grado intermedio no existen, por previa emancipación, muerte o deminución de cabeza. Cada uno de los que quedan libres se hace entonces *sui juris* y padre de familia (195 § 2 de V. S.). Los nietos cuyo padre permanece en la familia (y otro tanto se aplica en su caso a los descendientes ulteriores) caen bajo la potestad del padre que por la muerte del abuelo ha pasado a la independencia.

Como, según se ha dicho antes, la potestad patria es propia de los ciudadanos romanos, y no puede ser ejercida por ni sobre extranjeros (*Caj.* I, 128; *Ulp.* X, 3), síguese que por el hecho de perder el padre o el hijo la ciudadanía romana, se le considera como muerto para los efectos de la potestad patria, como para todos los derechos civiles (*l.* 1 § 8 *de bon. possess. contra tab.*; *l.* 63 § 10 *pro socio*).

Los ciudadanos romanos dejaban de serlo por la ***interdicción de agua y fuego***, que indirectamente los forzaba a expatriarse. A esta interdicción sucedió desde el tiempo de Augusto la ***deportación***, especie de destierro que hace perder igualmente los derechos civiles (*l.* 2 § 1 *de poenis;* § 1 *Inst. h. t.*; § 2 *Inst. de cap. demin.*). De una y otra hablaremos en el título de las deminuciones de cabeza.

Restituido el desterrado por indulto del príncipe, recobra la ciudadanía, pero no sus antiguos derechos de familia, a menos que expresamente se le vuelvan (*l.* 4, 6, 9 *C. de sent. pass.*). Entonces hay restitución completa (*per omnia*) (§ 1 *Inst. h. t.*); *in integrum* (*l.* 1, *C. de sent. pass.*); como si nunca hubiese habido deportación (*Paul.* IV, *tit.* VIII § 24).

La Instituta dice: *Si ex indulgentia principali restituti fuerint per omnia, pristinum statum recipiunt.* Colocada así la vírgula después de *per omnia*, da el sentido que acabamos de expresar; pero si se pone después de *fuerint*, como suele hallarse, dice una cosa del todo diversa, es a saber, que el restituido, de cualquier modo que lo sea, recobra siempre su precedente condición bajo todos respectos; lo que estaría en disonancia con las constituciones citadas. Es de notar que Constantino, por una constitución que no pasó del Código Teodosiano al Justiniano (*l.* 1 *C. Theod. de sent. pass.*), había seguido en esta parte, contra la opinión de Paulo y de Ulpiano, la de Papiniano; según la cual el restituido recobraba siempre la patria potestad sobre sus hijos.

Si la pérdida de la ciudadanía corta las relaciones de familia, con mayor razón producirá este efecto la pérdida de la libertad (§ 3 *Inst. h. t.*).

Los romanos que caían en poder enemigo, dejaban de ser por el mismo hecho ciudadanos, pero sus derechos estaban más bien suspensos que perdidos. Si volvían a la patria, se procedía como si jamás hubiesen perdido la libertad; y sus hijos de familia no entraban de nuevo bajo la potestad paterna, sino permanecían en ella, pues, en el concepto de la ley, no había sido jamás interrumpida. A su vez el hijo de familia que habiendo sido hecho prisionero de guerra recobraba la libertad, era considerado como si nunca hubiese salido de la potestad paterna. Tal es la ficción del derecho de *postliminio* (a) en favor de los prisioneros de guerra que vuelven a la patria, y cuyas consecuencias se efectúan de cualquier modo que logre su libertad el prisionero, sea por represa (§ 5 *Inst. h. t.*), sea rescatándose, o escapando (*l.* 20 § 2, *l.* 26 *de captiv. et postl.*), con tal que no vuelvan, como Régulo, con ánimo de volver al enemigo (*l.* 5 § 3 *eod.*).

Pero ¿qué sucederá si el cautivo muere en poder del

(a) *Quasi* postea *ad* limina, id est, ad fines patrios reversus.

enemigo? ¿Son sus hijos *sui juris* desde el momento de la cautividad, o desde el momento de la muerte? La cuestión era dudosa en tiempo de Cayo (I, 129). Pero Trifonino decide en el primer sentido (*l.* 12 § 1 *de captiv. et postl*), y lo mismo Justiniano (§ 5 *Inst. h. t.*), sin apelar a ficción alguna; porque la disolución de la potestad patria es una consecuencia natural de la esclavitud, cuyos efectos no se destruyen por el postliminio sino en el caso de recobrarse la libertad. No se necesita pues para el de la muerte la ficción de la ley Cornelia, que se aplicaba a distinto objeto, como se dirá en otra parte. La ley Cornelia sube a la dictadura de Sila, y si por ella se hubiese decidido la cuestión presente, Cayo no habría tenido motivo de dudar (Du Caurroy, *ad.* § 5 *Inst. h. t.*).

Otro acontecimiento que ponía fin a la potestad del padre era la dignidad del hijo. La vestal y el flamen dial eran independientes de la potestad patria (*Caj.* I, 130; *Ulp.* X, 5). Justiniano concedió la misma exención al patriciado (*l.* 5 *C. de consul.*) (a), y posteriormente al episcopado, y a todas las dignidades que dispensaban de cargos municipales (*Nov.* 81, *c.* 1 *et* 2); sin que por otra parte perdieran sus derechos de familia, pues muerto el padre del dignatario, caen bajo su potestad los hijos de éste que se hallaban bajo la dependencia del abuelo (*d. Nov.* 81, *c.* 2).

[*Apéndice*]*

191, 192, 193. Los nietos, muerto el abuelo, caen bajo la potestad del padre, si éste vive, y no ha salido de la familia por la emancipación o por haber sido dado en adopción.

(a) *Patricio* no significaba lo mismo bajo los emperadores de Constantinopla, que bajo la república o en el imperio de Occidente. Aquí constituían una clase ilustre, derivada de las antiguas familias senatorias; allá eran elegidos entre los que habían tenido magistraturas curules para formar el consejo del príncipe.

* En otras hojas manuscritas de Bello se encuentra desarrollada una parte de este título, ordenada por números de parágrafos, en la forma en que habitualmente se edita la obra de Heineccio, y como preparó Bello su segundo proyecto de Derecho Romano

Y aun basta haber salido de la familia una vez. Si uno emancipa su hijo o lo da en adopción, quedando el nieto bajo su poder, y adopta después al hijo, a la muerte del abuelo no cae el nieto bajo la potestad del hijo, sino se hace *sui juris* (*l.* 41 *de adopt. et emanc.*).

Los romanos que caían en poder enemigo, dejaban de ser por el mismo hecho padres de familia y ciudadanos, como siervos que eran del enemigo, según el antiguo derecho de la guerra; pero pudiendo por la vuelta a su patria recobrar su primitivo estado con los derechos a él anejos, se consideraban éstos más bien suspensos que perdidos. Si morían en cautividad, se procedía como si hubiesen fallecido ciudadanos en el momento en que habían sido hechos prisioneros, y ésta era la ficción de la ley Cornelia (§ *ult. Inst. quib. non est perm.; l.* 18 *de capt.*). Si, por el contrario, volvían a la patria, se procedía por la ficción del derecho de postliminio, como si jamás la hubiesen perdido; lo que, sin embargo, se limita al derecho, no a las cosas de mero hecho, como la posesión (*l.* 5 § 1, *l.* 12 § 1, *de capt.; l.* 19 *ex quib. caus. maj.; l.* 23 § 1, *de acquir. possess.*); y se extiende a las obligaciones pasivas (*l.* 6, *l.* 12 § 6, *de capt.*). Gozan del derecho de postliminio, no sólo las personas, sino las tierras (*l.* 20 § 1, *de capt.*); los derechos adherentes al suelo (*l.* 6, *de rer. divis.*); los lugares sagrados y religiosos (*l.* 36 *de rel.*); mas no las cosas muebles, excepto las naves largas y de trasporte usadas en la guerra, los mulos de albarda, y los caballos acostumbrados al freno (*l.* 2, 19, 20 § 1, *de capt.*). Según Du Caurroy, la primera de las reglas anteriores, considerada en toda su generalidad, y especialmente con relación a la potestad patria, no pudo originarse de la ley Cornelia (del Dictador L. Cornelio Sila, año 673 de Roma), pues el punto era todavía

antes de la redacción última que estamos transcribiendo en el texto. Sin duda, pensó Bello utilizar esta parte manuscrita en la ulterior redacción del Derecho Romano, pues aparecen cuidadosas tachaduras y numerosas enmiendas. Lo transcribimos del texto original fiel y completamente, aunque repita algunos conceptos ya expuestos en la última redacción de este título. (Comisión Editora. Caracas).

dudoso en tiempo de Cayo, como se ve por sus Instituciones (I, 129). La ley *Cornelia* hace válido al testamento del cautivo, como si éste lo hubiera otorgado en la patria al momento de caer en cautividad, al que se retrotrae el de la muerte; (*l.* 12 § 1, *qui test. fac.; l.* 6 § 12 *de inj. rupt.*); y la duda de los jurisconsultos de la edad de Cayo recaía sobre la terminación de la patria potestad: *Sed utrum (liberi erunt sui juris) ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest.*

El nombre de *postliminio* provenía, según Heineccio, de una de aquellas formas simbólicas tan frecuentes en el antiguo derecho romano; el cautivo que volvía a su casa, no entraba por la puerta, sino detrás, por el tejado (*post limen*). Triboniano, con todo (§ 5 *Inst. hoc. tit.*), entiende por *postliminio* la vuelta a las *fronteras* del imperio *después* de la cautividad; lo que se confirma por el antiguo significado de *eliminare*, desterrar, y de *eliminium*, destierro.

Comoquiera que sea, la ficción del postliminio produce efectos notables. Lo adquirido por el hijo en el tiempo intermedio, lo ocupa *jure peculii* el padre restituido a la patria, aunque ya para entonces haya fallecido el hijo (*l. pen. de suis et leg.*); y vuelto el padre, no tiene acción el acreedor contra el hijo a quien prestó dinero (*l.* 1 § 1, *de S. C. Mar.*); y no puede darse tutor al hijo cuyo padre está en cautividad (*l.* 6, § *ult. de tut.*); lo que no tiene cabida en el deportado y restituido (*l. ult.* § 1, *C. de sent. pass.*). Si el hijo al caer en manos del enemigo estaba en potestad del padre, y éste fallece en el tiempo intermedio, el hijo restituido a la libertad *suus heres patri erit* (*l.* 9 *C. de postl. rev.*); donde se cita para esta disposición la ley Cornelia.

No hace diferencia en los efectos del postliminio el que se haya recobrado la libertad por fuerza, dolo, o con voluntad del enemigo; pero la violación de la promesa de volver no da cabida al postliminio. Así Atilio Régulo no se hallaba en el caso de reclamarlo, habiendo jurado a los Cartagineses

que si su embajada era infructuosa volvería a ponerse en sus manos.

Se hacían *siervos de la pena* los condenados a las minas o a las fieras (§ 3, *Inst. hoc. tit.*), los cuales no eran siervos del Estado ni del príncipe, sino propiamente siervos sin amo, y así el legado que se les dejase no debía pasar ni al Estado ni al príncipe, sino tenerse por no escrito. Pero no sólo la servidumbre de la pena ponía fin a la patria potestad, sino otra cualquiera; por ejemplo, si el mayor de 20 años se deja vender para participar del precio, o si el liberto convencido de ingratitud vuelve al dominio del patrono.

Los condenados perpetuamente a *obras públicas* perdían sólo la ciudadanía, no la libertad; (*l.* 17 § 1, *de poen.*). Los condenados a las fieras (que como las condenas a minas perdían también la libertad), eran arrojados efectivamente a las fieras en los espectáculos que servían a la diversión del pueblo romano. A la misma clase pertenecían los que eran condenados a las compañías de gladiadores, mimos, etc., para los espectáculos públicos (*l.* 8 § 11, *de poenis*); y en fin todos los destinados al último suplicio, según opina Vinnio (*arg. l.* 12, 29, *de poen.; l.* 6 § 6, *de injust. rupt.*). Por el derecho novísimo se abolió la servidumbre de la pena (*Nov.* 22, *cap.* 8).

La *deportación* a una isla era una media *capitis deminutio*. Antiguamente se empleaba con este objeto la interdicción de agua y fuego por una ley, esto es, por un acto del pueblo, reunido en comicios. Los emperadores se arrogaron posteriormente esta facultad, como las otras de la soberanía, y añadieron a la interdicción de agua y fuego la confinación a un lugar determinado. Los deportados perdían el derecho de ciudad y se consideraban como extranjeros, *peregrini* (*l.* 6 § 1 *de her. inst.; l.* 1 § 2, *de leg.* 3).

Por la restitución del deportado, si el príncipe se la concedía completa e *in integrum,* recobraba el estado antiguo con todos sus derechos, incluso el de patria potestad, como

si la deportación no hubiese jamás existido (*l.* 1 *C. de sent. pass.;* Paul. *Sent.* IV, 8 § 24).

No eran lo mismo los patricios bajo los emperadores de Constantinopla, que en tiempo de la república y bajo los sucesores de Augusto en el occidente. Aquí constituian una clase ilustre, que refería su origen a las más antiguas familias senatorias; allá eran elegidos entre los que habían servido las magistraturas curules, para formar el consejo del príncipe.

194. Para que se disolviese la patria potestad por voluntad del padre, eran necesarias, como se ha dicho en otra parte, varias solemnidades de mancipación y manumisión, que producían últimamente la independencia del hijo o descendiente; y este resultado definitivo tomó el nombre de emancipación, que designando primitivamente la forma, vino a significar todo acto por el cual el padre de familia abdica su poder, y el hijo o descendiente pasa a ser cabeza de una nueva familia y persona *sui juris.*

196. Autorizado el padre por rescripto imperial, lo presentaba y depositaba ante el competente magistrado: *ad acta insinuabat.* Los emancipados de este modo se reputan haber sido verdaderamente mancipados y manumitidos (*l.* 5 *C. de em. lib.*).

197. Nótese que por la constitución de Justiniano dejó de ser necesario el rescripto del príncipe; la emancipación vino a ser una simple declaración del padre ante el magistrado. A pesar de esta innovación el emancipado es siempre considerado como liberto del emancipante, el cual continúa teniendo sobre los bienes de aquél los derechos de verdadero patrono (§ 6, *Inst. hoc tit.; pr. Inst. de legit. par.;* § 8, *Inst. de leg. agnat. succ.*). Obsérvese con todo, que si el hijo o descendiente es emancipado por el comprador, a éste pertenecen el título y derechos de patrono (*Ulp. Reg.* XI, 5; *Caj. Inst. I,* 166); pero lo que ordinariamente sucedía era que el comprador remancipaba el descendiente al progenitor (natural o adoptivo) que le había mancipado una o tres

veces; el cual tenía desde entonces al descendiente *in mancipio,* y manumitiéndole se constituia patrono suyo. Mas para llegar a este resultado, habia tenido que manciparle *contracta fiducia,* esto es, interviniendo una cláusula expresa de remancipación o retroventa. Por la constitución de Justiniano la emancipación produce siempre este efecto (§ 8, *Inst. de leg. agn. succ.*).

Los emancipados ingratos podían ser reducidos de nuevo a la potestad patria (*l.* 1 *C. de ingrat. lib.*).

Nótese que no en todo eran iguales los derechos del emancipador a los del patrono; porque: 1º, no trasmite a sus hijos sus derechos de sucesión en los bienes del emancipado (*l.* 1 § 5, *si a par. quis*); 2º, no se da al emancipador la acción Faviana o Calvisiana para rescindir las enajenaciones del liberto hechas en fraude de los derechos sucesorios del patrono (*l.* 2, *eodem*); 3º, no vale la estipulación de obras (*l.* 4, *eod.*). Según el orden de sucesión del derecho novísimo, no fue ya necesario al padre el suceder como patrono (*Nov.* 118, 2; *Nov.* 115, 4).

Es una regla común a la adopción y la emancipación que el adoptado y el emancipado estén presentes y no las contradigan (*Paul. Sent.* II, 25 § 5; *l.* 5 *C. de em. lib.*).

El abuelo puede emancipar al nieto sin el consentimiento del padre.

En las Instituciones de Justiniano (§ 9, *hoc. tit.*), se establece, que si al darse en adopción o emanciparse el hijo, está embarazada su esposa, el nieto nace bajo la potestad del abuelo.

198. No obstante la nota de Heineccio, debe admitirse que el padre puede ser obligado a emancipar por sevicia, y en este caso no tiene los derechos de patrono (*l.* 5, *si a par. quis*); y que el arrogador se halla en el mismo caso, cuando se prueba que la arrogación fue en perjuicio del impúber (*l.* 33, *de adopt. et emanc.*).

Título XIII

De las tutelas *

Habiéndose tratado de las personas que pertenecen a otros (*alieni juris*), pasamos ahora a las personas que se pertenecen a sí mismas (*sui juris*).

De éstas, las unas, aunque plenamente capaces de derechos, se hallan impedidas de ejercerlos por sí mismas y necesitan de ajeno auxilio; mientras que las otras juntan a la capacidad el libre ejercicio, y pueden obrar por sí.

De las primeras, las unas viven bajo tutela, las otras bajo curaduría (*Caj.* 1, 142; *pr. Inst. h. t.*).

La tutela es una especie de potestad que, conferida o reconocida por la ley, se ejerce sobre persona *sui juris,* para suplir la inteligencia que le falta, obrando por ella o autorizando sus actos. *Vis ac potestas in capite libero* (la definía Servio Sulpicio) *ad tuendum eum qui propter aetatem sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa* (*l.* 1 *pr. h. t.;* § 1 *Inst. h. t.*).

Vis, según Heineccio, indica la facultad de obrar a nombre y en representación del pupilo; *potestas* la facultad de autorizar sus actos; distinción más ingeniosa que fundada, porque los jurisconsultos romanos juntaban frecuentemente ambos vocablos significando una idea sola (como en *l.* 17 *de legib.*). *Vis ac potestas* vale aquí ni más ni menos que *potestas* (Vinnius *ad* § 1 *Inst. h. t.*). Pero *potestas* no es lo mismo en el tutor que en el padre o el amo; éstos ejercen la suya en beneficio propio; aquél, en pro de la persona que le está sometida (*ad tuendum*).

Es visto que por *caput liberum* se entiende en la definición de Sulpicio la persona eminentemente libre, la persona

* De este título existe otra redacción anterior, manuscrita de Bello, sobre la cual preparó este texto. Presenta sólo pequeñas diferencias de expresión respecto al texto que reproducimos. (Comisión Editora. Caracas).

sui juris. Mas como en tiempo de este jurisconsulto no sólo estaban en tutela los impúberes que habían salido de poder ajeno, sino las mujeres *sui juris* de cualquier edad, es harto probable que se ha modificado la definición para acomodarla a la jurisprudencia posterior, y que el texto original diría *propter aetatem vel sexum*.

La protección del tutor es directamente a la persona y por consecuencia a los bienes; a diferencia del curador que se da directamente a los bienes. De aquí es que el tutor se constituye para todo; el curador puede constituirse para un negocio o causa exclusivamente (§ 4 *Inst. qui test. tut.*; § 2 *Inst. de curat.*) (a). Por lo demás el tutor no se da a la persona física. El magistrado, según las circunstancias, es el que atendiendo a la seguridad del impúber, determina dónde y cómo ha de ser alojado, alimentado y educado (*l.* 1, 3, 5, *ubi pupilli*). La persona civil es propiamente a la que se da tutor, para representarla o dirigirla en sus actos administrativos y autorizarlos (*pr. et* § 1 *Inst. de auctor tut.*; § 2 *Inst. quibus alien.*).

Finalmente la tutela es dada por la ley o reconocida por ella; lo que forma dos especies de tutelas, la *testamentaria*, porque se confiere por testamento, porque el testador es autorizado para ello por la ley, y la *legítima* deferida directamente por la ley a ciertas personas. Mas a estas dos especies se agregó después otra nueva, deferida por ciertos magistrados en virtud de un derecho posterior al de las XII Tablas, que autorizaron la tutela testamentaria y la legítima (*pr. et* § 2 *Inst. de leg. agnat. tut.*; *pr. Inst. de leg. pat. tut.*). El tutor que dan los magistrados se llama *Atiliano*, y vulgarmente *dativo*; pero este segundo título suele darse

(a) Dícese a la verdad que cuando la madre da tutor es como si lo diese a la hacienda más bien que a la persona (*l.* 4 *de test. tut.*). Mas esto alude únicamente a la necesidad impuesta a la madre de instituir heredero al hijo, si le da tutor; no a la naturaleza de la tutela o a las facultades del que la ejerce.

Hubo con todo, según después veremos, especiales excepciones a la regla. *Personae non causa vel rei, tutor datur*, y la prohibición de nombrarle para cierta cosa o negocio, o con exclusión de cierta cosa o negocio, parece limitada a la tutela testamentaria por la ley 12 de *test. tut.*

también a los tutores testamentarios, como en *Caj.* I, 154; *Ulp.* XI, 14.

La tutela es un cargo público en cuanto conferida por autoridad pública a las personas solas que la ley ha hecho capaces de ejercerla; pero en cuanto a su administración no se diferencia de los negocios privados (*l.* 6 § 15 *de excus.*). Como cargo público, no puede ser ejercida por el siervo ni por el extranjero (*l.* 7 *C. qui dar. tut.*; § 4 *Inst. quibus modis tut.*); bien que pudiendo el siervo fácilmente dejar de serlo, se permite nombrarle para la tutela testamentaria, en los términos que más adelante se dirá. Por la misma razón estaban impedidas de ser tutores las mujeres, a menos que una concesión especial del príncipe las habilitase para la tutela de sus hijos (*l.* 18 *h. t.*); pero por Const. de Valentiniano, Teodosio y Arcadio (*l.* 2 *C. quando mulier*) dejó de ser necesaria esta habilitación a la madre, no habiendo tutores testamentarios o legítimos, o habiendo sido excusados o removidos; y Justiniano extendió igual favor a la abuela, añadiendo que fueran preferidas a todos los tutores legítimos (*Nov.* 118, *c.* 5). Una y otra deben renunciar al beneficio del senadoconsulto Veleyano, y a las segundas nupcias, y en caso de contraerlas son expelidas de la tutela (*Nov.* 94, *c.* 2). La madre goza de la misma excepción, con iguales obligaciones, respecto de los hijos ilegítimos (*l. fin. C. quando mulier; Nov.* 94, *c.* 2).

No podían ser tutores el mudo, el enteramente sordo, el demente o furioso (*l.* 1 § 2, 3, *et l.* 13 *h. t.*; *et l.* 11 *de test. tut.*), ni el empleado en la milicia armada (*l.* 4 *C. qui dare tut.*). Era, con todo, válido el nombramiento del demente o furioso para tutor testamentario, como después se dirá. Antiguamente el menor de 25 años era sólo inelegible para la tutela dativa; mas por disposición de Justiniano lo fue también para la legítima (*l.* 5 *C. de leg. tut.*). El derecho novísimo hace además incapaces a los acreedores y deudores del pupilo (*Nov.* 72, *cap* 1 *et seq.*); excepto la madre y la abuela (*Nov.* 94).

Sólo se da tutor a los ciudadanos romanos; pero por la Ley Junia Norbana los latinos junianos impúberes debían estar bajo la tutela del que antes de la manumisión había sido dueño de ellos *ex jure quiritium* (*Ulp.* XI, 19).

La tutela supone la existencia, y por consiguiente, el nacimiento de la persona a quien se da (*l.* 151 *de V. S.*). Así no se puede dar tutor a la criatura que está por nacer, sino solamente curador: *Ventri tutor dari non potest, curator potest* (*l.* 20 *de tutor. et cur. datis*).

En el antiguo derecho se daba tutor, no sólo a los impúberes sino a las mujeres que habían llegado a la pubertad (*Caj. I,* 144). Hoy solamente a los primeros (que relativamente a sus tutores se llaman *pupilos*); y a esta especie de tutela se refiere todo lo que sigue hasta el apéndice.

TÍTULO XIV *

De la tutela testamentaria (a)

1, Tutela testamentaria. 2, A qué impúberes se puede dar tutor por testamento. 3, Confirmación del tutor que no ha sido dado con los requisitos legales.

1

Trátase en primer lugar de la tutela testamentaria de los impúberes, autorizada por una ley de las XII Tablas: *Pater familias uti legassit super pecunia, tutelave suae rei, ita jus esto. Legare* es aquí disponer, mandar (*quasi legem condere*).

* De este título los manuscritos de Bello que se han conservado presentan cierta particularidad. La primera parte del título, que trata *De la tutela testamentaria,* tiene dos redacciones de texto corrido, sin numeración de párrafos; y de la segunda parte del título que trata de *Quiénes pueden nombrarse tutores por testamento* hay también dos redacciones: una inconclusa, que es el artículo Nº 4 de la última redacción de Bello; y otra, desarrollada en párrafos numerados, o sea en la redacción anterior a la de texto corrido.

Damos nosotros este título en la siguiente forma: en primer lugar la última redacción en la que van desarrollados los tres artículos correspondientes a *De la tutela*

Y con las palabras *suae rei* se designan los hijos de familia, como *res mancipii* que eran.

La tutela testamentaria debe darse a la persona, y para toda cosa o causa, no para algunas o con exclusión de algunas (§ 4 *Inst. qui test. tut.*). Si se da para cierto negocio o cierta parte de los bienes, o si se excluye de la tutela cierto negocio o cierta parte de los bienes, *tota datio nihil valebit* (*l.* 12, 13, 14, *de testam. tut.*). Con todo, si la hacienda del pupilo está esparcida por diferentes provincias, es permitido darle un tutor para los bienes situados en cada una de ellas (*l.* 15 *eod.*); mas entonces la división es sólo relativa a la administración de la tutela, no a la tutela misma (Pothier, *Pand. lib.* XXVI, t. 11, n. 13).

La tutela testamentaria no puede constituirse sino en testamento o en codicilo confirmado por testamento (*l.* 3 *pr. h. t.*). En el derecho antiguo era preciso que el nombramiento se hiciese en latín, y con palabras terminantes e imperativas, como *Titius tutor esto* o *Titium tutorem do,* (infiérese de la *l.* 1 § 1 *de conf. tutore,* y de la *l.* 8 *C. h. t.*); pero estos requisitos dejaron de ser necesarios por la citada *l.* 8 y el § 3 *Inst. qui test. tutores.* Exigíase también en el derecho antiguo que la institución de heredero precediese a todas las otras disposiciones testamentarias, y por consiguiente al nombramiento de tutor; bien que en este punto parece haber sido diversa la opinión de los proculeyanos (*Caj.* II, 231). Comoquiera que sea, Justiniano declaró que no era necesario precediese la institución de heredero a las demás disposiciones testamentarias (§ 34 *Inst. de leg.*) y en especial a la tutela (§ 3 *Inst. qui test. tut.*). Por otra parte, no puede darse tutor *incierto;* es decir, que por el nombramiento

testamentaria, y el artículo Nº 4 inconcluso, en el que empieza la 2ª parte del título, *Quiénes pueden nombrarse tutores por testamento*; y en 2º lugar, la 2ª parte del título desarrollada en párrafos numerados, o sea en la forma correspondiente a la 1ª redacción. Y, al final, como apéndice la otra redacción de la 1ª parte del título. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

(a) Los artículos 1, 2, 3, corresponden a una parte del título *De tutelis* de la Instituta; los otros al título *Qui testamento tutores dari possunt.*

debe aparecer quién se da y a quién. De dos o más a quienes cuadre el nombramiento, aquel será tutor, en quien pueda probarse que pensó el testador; y a falta de esta prueba, ninguno. Si se puede probar en quién pensó el testador, no hay persona incierta; si no se puede, no hay tutor (*l.* 20 *pr.; l.* 23 *pr.; l.* 30, *h. t.*).

Finalmente, puede darse tutor desde o hasta cierto tiempo, desde o hasta cierta condición (*l.* 14 §§ 3, 5 *de tut., l.* 8 § 2 *h. t.;* § 5 *Inst. qui test. tut.*).

2

La tutela testamentaria no puede constituirse sino sobre los hijos o descendientes que están inmediatamente bajo la potestad del testador (*qui primum in familia locum obtinent*); o porque son hijos de éste, o porque los descendientes de grados intermedios han salido de la familia (*Caj.* I, 144, 146; *l.* 1 *pr. et* § 2 *h. t.;* § 3 *Inst. de tut.*). No se puede por consiguiente dar tutor al emancipado, ni a los hijos del emancipado concebidos después de la emancipación; ni al que es miembro adoptivo de otra familia; ni a los descendientes por línea de hembra, puesto que los hijos de la hija pertenecen a la familia del yerno; ni a los descendientes por línea masculina, si a la muerte del testador han de caer bajo la patria potestad de otra persona. Por el mismo principio no vale el tutor dado por el padre al hijo ilegítimo, o por la madre aun a los hijos habidos *ex justis nuptiis*. El tutor dado a semejantes personas no sería *jure datus*. Pero en varios casos se suple por el magistrado lo que falte a la legalidad del nombramiento, como más adelante veremos.

Las personas a quienes, según la ley de las XII Tablas, se puede dar tutor por testamento, son las mismas que el testador está obligado a mencionar en él, instituyéndolas herederos o desheredándolas, y que se llaman por eso, con relación al testador, *herederos suyos* o simplemente *suyos* (§ 2 *Inst.*

de hered. qualit.). Todas ellas, muerto el testador, se hacen personas *sui juris;* para las cuales únicamente puede constituirse tutela.

La patria potestad, que es el fundamento de la tutela, debe existir al tiempo de la muerte del testador. Mas aunque los no nacidos no están bajo la potestad del padre, porque en rigor no existen, con todo eso, los hijos y demás descendientes *póstumos,* esto es, los que al tiempo de la muerte del testador se hallan todavía en el seno materno, se consideran como nacidos relativamente a la tutela y a otros objetos; y vale el nombramiento de tutor para ellos, con tal que, en la suposición de prolongarse la vida del testador, naciesen bajo su potestad y ocupasen el primer lugar en la familia, esto es, naciesen *suyos* (*Caj.* I, 147; *l.* 1 § 1 *h. t.;* § 4 *Inst. de tut.*). Los póstumos en el antiguo derecho eran personas inciertas (§§ 25, 26, 27 *Inst. de legat.*); pero se creyó justo considerarlos como nacidos bajo varios respectos y entre ellos el de la tutela testamentaria. Llámase póstumos *suyos* a los que se hallan en el caso expresado, porque son también *herederos suyos* (§ 4 *Inst. de tut.;* §§ 1, 2, *Inst. de exper.*). La tutela, sin embargo, no principia sino desde que nacen, porque en el seno maternal no hay pupilo (*l.* 161 *de* V. S.).

De aquí la regla general: *Nemo potest tutorem dare cuiquam nisi ei quem in suis heredibus moriens habuit, habiturusve esset si vixisset* (*l.* 73 § 1 *de* R. *J.*) (a).

Puede suceder que estando el nieto en el seno materno se le dé tutor válidamente, aunque si naciese entonces no se hallase en el número de los herederos suyos del testador, porque le precede su padre. Sin duda será inútil el nombramiento, si al tiempo de la muerte del testador permanece el padre

(a) Esta regla no debe entenderse tan al pie de la letra que abrace el caso en que, por ejemplo, se diese tutor a un nieto, y sobreviviendo éste y su padre al abuelo, muriese el padre antes que el hijo. Suponiendo prolongada la vida del abuelo hasta después de la muerte del padre, estaría el nieto en el número de los herederos *suyos* del abuelo; y sin embargo es evidente que el abuelo no puede darle tutor, porque después de su muerte ha de caer el nieto bajo la potestad del padre. Creo que la regla sería de todo punto exacta si en lugar de *si vixisset* pusiésemos *si ille ante mortem ejus natus esset.*

en la familia. Pero otra cosa sería, si antes de fallecer el testador, el padre del póstumo hubiese salido de la familia por emancipación o de cualquier otro modo. En este caso, como en los otros de tutela testamentaria, todo dependería del testamento. Si éste subsiste (para lo cual sería necesario que el testador hubiese en él instituido o desheredado al póstumo conforme a derecho) valdrá la tutela; y si no subsistiese el testamento, no habría tutela testamentaria, porque ésta supone un testamento válido. El mismo raciocinio se aplica al caso en que al tiempo de darse el tutor, hubiese ya nacido el nieto, y estuviesen él y el padre bajo la potestad del testador, con tal que el padre saliese de la familia antes que el testador falleciese (*l.* 10 § 2 *de testam. tut.*).

El que da tutor a los hijos, se entiende darlo también a las hijas, y no sólo a los nacidos, sino a los póstumos; pero los descendientes de grado inferior no se comprenden bajo el título de *filii* sino bajo el de *liberi* (*l.* 122 *et* 220 *de* V. S.; *l.* 5, 6 *et* 16 *pr. h. t.*; § *fin. Inst. qui test. tut.*). Ésta, con todo, es una regla de interpretación que no debe prevalecer contra la voluntad del testador, colegida de las circunstancias (§ 59 *de ritu nupt.*; § 84 *et* 201 *de* V. S.; § 14 *de* SC. *Maced.*; *l.* 16 § 1 *et. seq. h. t.*).

3

Suponiendo que el nombrado para la tutela testamentaria sea capaz de ejercerla (de lo cual se tratará en el siguiente artículo), es preciso todavía: 1º, que el testador sea padre de familia; 2º, dé tutor a un heredero *suyo* o a un póstumo *suyo*; y 3º, que el nombramiento haya sido en testamento o codicilo confirmado por testamento. Cualquiera de estos requisitos que se eche menos, no habrá tutor testamentario, *jure datus;* pero, tomándose en consideración la calidad del testador y su afecto al pupilo, se permite en varios casos al

magistrado superior suplir lo que falte para la validez de la tutela, y *confirmarla* (*l.* 1 § 1 *de confirm. tut.*).

La confirmación puede otorgarse sin examen (*inquisitio*), ni prestación de fianza (*satisdatio*); o con examen y sin fianza, o con ambos requisitos.

El examen (*inquisitio*) tiene por objeto averiguar si la tutela conviene al pupilo; el fiador (*fide jussor*) presentado por el tutor se hace subsidiariamente responsable de la buena administración de la tutela (*rem pupilli salvam fore*). La inquisición corresponde al magistrado superior (*praetor, praeses*); la admisión de la fianza, a la magistratura municipal (*l.* 28 § 2 *de test. tut.; l.* 2 *pr. et l.* 5 *de test. tut.*).

Se confirma sin examen ni fianza, el tutor dado por el padre al hijo heredero *suyo*, sin embargo de que se impugne el testamento o de que definitivamente se declare inválido por dejarse institución o desheredación. Si el testamento subsistiese, el tutor sería *jure datus;* si no subsistiese, o si el nombramiento de tutor hubiese sido en simple codicilo, valdría la tutela en virtud de la confirmación (*l.* 26 § 2; Pothier, *Pand. lib.* XXVI, *tit.* III, n. 11; *l.* 1 § 1, 2 *de conf. tut.*).

Se confirma de la misma manera el tutor dado por el padre al hijo emancipado (*l.* 1 § 2, *l.* 6 *de confirm. tut.;* § 5 *Inst. de tut.*); o al hijo natural, esto es, habido en concubina, con tal que le deje alguna parte de sus bienes (*l.* 7 *pr. de conf. tut.; l.* 4 C. *eod.*).

En todos estos casos se omite el examen, la investigación, a no ser que algún motivo particular parezca exigirlo; por ejemplo, si se presume que el testador, como menor de edad, ha procedido con ligereza en la elección del tutor; o si después del nombramiento ha menguado la fortuna del tutor, o se ha descubierto que es hombre indigno de confianza, o se ha empeñado con el fisco en contrato ruinoso (*damnosum*); o se ha enemistado con el padre (*l.* 4 *h. t.; l.* 8, 9, 10 *de conf. tut.; l.* 3 § 3 *de adm. tut.*).

Se confirma con examen y sin fianza el tutor dado por el padre al hijo natural, esto es, habido en concubina, si no le deja alguna parte de sus bienes (*l. 7 pr. de conf. tutore*); y asimismo el tutor dado por la madre en testamento, con tal que en él le instituya heredero (*l.* 4 *h. t.; l.* 1 §§ 1 *et* 2 *de conf. tut.; l.* 4 *C. h. t.*). (a)

Para los tutores que da el patrono al liberto, o cualquier testador a un extraño, se requiere investigación, y que el pupilo sea instituido heredero; y se remitan los tutores a los magistrados municipales, a fin de que, recibida la fianza, los confirmen (*l.* 4 *et* 5 *de conf. tut.;* Vinnius *ad* § 5 *Inst. de tut.*). Según la primera de estas leyes parece circunstancia precisa que el pupilo no tenga otros bienes fuera de aquellos en que ha sido instituido heredero.

El tutor que habiendo sido dado inútilmente en testamento se confirma, es propiamente dativo y no testamentario: *Eos demum testamento datos accipere nos oportet, qui jure dati sunt* (*l.* 3 § 1 *de test. tut.*). Vinnio, sin embargo, lo reduce a la clase de los testamentarios: 1º, porque la confirmación los asimila a los tutores *ex testamento* (*l.* 3 *pr. de confirm. tut.*); pero esta ley se contrae a los que han sido dados por el padre sin los requisitos legales, y no establece la semejanza, sino en cuanto a no ser necesaria la fianza; 2º, porque, según Vinnio, el magistrado superior que confirma está obligado a seguir el juicio del testador (*l.* 1 § 1 *eod.*); (aserción inexacta en todos los casos en que se confirma *ex inquisitione*); 3º, porque antes de la confirmación se reputa el tutor en cierto modo como testamentario y en esta virtud es preferido a los legítimos; puesto que *Quibus testamento tutor datus non est, his ex lege XII Tab. agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi* (*Caj.* I, 155; *pr. Inst. de leg. agnat. tut.*). Parece preferible la opinión de los que

(a) En la citada *l.* 4 *C.*, donde dice *quando autem eos heredes non instituerit*, debe suprimirse la negación (Vinnius *ad* § 5 *Inst. de tut.;* Pothier, *Pand.* lib XXVI, t. III, n. 3).

miran la tutela confirmada como *ambigua* o *mixta*, ni en todo testamentaria, ni en todo dativa.

4

Veamos ahora qué personas pueden ser nombradas por testamento para servir la tutela.

Pueden ser nombrados tutores por testamento aquellos con quienes hay testamentifacción (*Ulp.* XI, 16; *l.* 21, *de testam. tut.*).

La palabra *testamentifacción* suele tomarse en diversos sentidos. Gozan de ella los que pueden testar; y la tienen también aquellos que por testamento ajeno pueden recibir herencias o legados para sí o adquirirlos para otra persona, aunque ellos mismos sean incapaces de testar, como, por ejemplo, el esclavo y el hijo de familia (§ 4 *Inst. de her. qualit.*). La primera se llama testamentifacción activa; la segunda, pasiva. Entiéndese también por *testamentifacción* la capacidad de servir de testigo en un testamento (*Ulp.* XX, 2 *et* 8; § 6 *Inst. de test. ordin.*); capacidad que falta a veces a los que gozan de la testamentifacción activa, o de la pasiva, o de ambas juntamente; pues el hijo de familia es admitido como testigo en los actos testamentarios, y carece de la facultad de testar; y por el contrario el impúber y la mujer pueden ser instituidos herederos, y no se les admite a la solemnidad del testamento en calidad de testigos. Gozan de esta testamentifacción los varones púberes que son ciudadanos romanos, y (según el derecho antiguo) los latinos junianos (*Ulp.* XI, 16, *et* XX, 8). (a)

La testamentifacción que por la regla precedente se pide, es la tercera; pero no todas las personas que de ella gozan pueden ser tutores testamentarios, pues eran incapaces de

(a) Véanse las *Inst.* de Hein. *lib.* II, *tít.* 10, § 495. La opinión de este autor en cuanto limita la última especie de testamentifacción a las personas que podían asistir a los comicios callados, es inadmisible, pues los latinos junianos no tenían entrada en ellos.

esta tutela los latinos junianos, acaso como inhábiles para los cargos públicos, en cuyo número debe contarse la tutela (*pr. Inst. de ex cons.*). Las mujeres, ya como no elegibles para cargos públicos, ya como inadmisibles a testificar, eran incapaces de ejercer la tutela, a menos que el príncipe por concesión especial las habilitase para la tutela de sus hijos (*l.* 18 *de test.*). Pero ya hemos visto que, según el derecho novísimo, no necesitan de esta autorización la madre ni la abuela (*Nov.* 118, *c.* 5); sin embargo de que la maternidad no sea *ex justis nuptiis* (*l. ult. C. quando mulier, et Nov.* 89). Y aunque las novelas citadas hablan sólo de la tutela legítima, es incontestable que se extienden a la testamentaria, en que concurre la disposición de la ley con la voluntad del difunto. Otras para ejercer la tutela deben ambas renunciar al beneficio del senadoconsulto veleyano, y sólo les es dado retenerla, mientras solteras o viudas (*d. Nov. 99 et* 118 *et l. ult., C. quando mulier*).

El testador puede deferir la tutela a su esclavo, y se presume, aunque no lo expresa, que le daba al mismo tiempo la libertad. Antes de Justiniano esta voluntad tácita no se consideraba como una manumisión directa, sino como un fideicomiso que imponía a los herederos la obligación de manumitir al esclavo (*l. 9 C. de fideicomm. libert.*). A la verdad, según Paulo (*l.* 32 § 2 *de test. tut.*), la libertad del siervo habría sido una consecuencia directa de la disposición que le nombraba tutor; pero es creíble, o que el texto fue alterado por los redactores de las Pandectas para conciliarlo con la jurisprudencia posterior, o más bien, que el punto era cuestionable; y que Paulo seguía la decisión de Atiliano, contra la opinión general adoptada por los emperadores Valeriano y Galiano en la constitución citada (*d. l.* 9). Comoquiera que sea, Justiniano prefiere el parecer de Paulo; y el siervo nombrado tutor, como el instituido heredero, se reputa manumitido por testamento, aunque no se le dé la libertad expresamente (§ 2 *Inst. qui et quibus ex causis;* § 1 *Inst. qui testam. tut., et pr. Inst. de hered. inst.*). Si el

testador hubiera creído libre al siervo, la tutela que le hubiera dado en este concepto no valdría porque en tal caso es evidente que no ha pensado manumitirle (§ 1 *Inst. qui testam. tutores*).

Al siervo ajeno no puede conferirse pura y simplemente una tutela, porque su libertad al tiempo de la muerte del testador no pende del arbitrio de éste; si se le confirma pues la tutela es bajo la condición *si liber erit*, o *cum liber erit*, que callada se subentiende, a menos que las circunstancias prueben voluntad contraria (*l.* 9 *C. de fideic. lib.*). Y aún se va más adelante, pues se supone que por el hecho de nombrar a un siervo ajeno (que se sabe serlo), se le deja la libertad fideicomisaria, esto es, se encarga al heredero que procure su manumisión, para que sirva la tutela (*l.* 10, § 4 *de test. tut.*; § 2 *Inst. de sing. reb.*).

Si el testador nombrase a su siervo propio bajo la condición *cum liber erit*, no le conferiría la tutela ni la libertad; la condición expresa destruiría la presunción de libertad tácita (§ 1, *Inst. qui test. tut.*).

Lo que se dice de los esclavos, se aplica a las demás personas cuya incapacidad puede cesar durante la edad pupilar; por ejemplo, a los furiosos o a los menores de 25 años, entendiéndose dárseles tutela bajo la condición *cum compos mentis* o *major viginti et quinque annis factus fuerit* (*l.* 11, *de tut.*; *l.* 10, § 3; *l.* 32 § 2 *de test. tut.*). Para mientras está pendiente la condición, se nombra otro [tutor] o curador... Si no es posible que cese la incapacidad antes que la[1]...

[*Apéndice I*]

Quiénes puedan nombrarse tutores por testamento *

212. Los hijos o descendientes que nacen después de la

[1] Aquí se interrumpe el manuscrito. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

* Véase la nota de la *Comisión* al principio del Título. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

muerte del testador, se llaman *póstumos.* En el antiguo derecho los póstumos, como personas inciertas, no podían ser objeto de disposiciones testamentarias; mas para dar valor a lo que el padre se hallaba en el caso de disponer por testamento, pareció necesario considerar a los meramente concebidos como nacidos, y esto bajo diferentes respectos (*in compluribus causis*), por ejemplo, cuando el padre de familia quería instituirlos, desheredarlos, o darles tutor. A los póstumos que se hallaban en las condiciones designadas por el derecho para estos casos, se denominaban *suyos,* por oposición a los póstumos *extraños,* en que faltaba alguna de ellas.

La tutela del póstumo no principiaba sino en el nacimiento (*l.* 161, *de verb. signif.*).

213. Tiene testamentifacción no sólo el que puede testar, sino el que por testamento ajeno puede adquirir algo para sí o para otra persona, aunque él mismo no pueda testar, como el furioso, el mudo, el póstumo, el infante y el siervo ajeno (§ 4, *Inst. de her. qualit; l.* 16 *pr. et* § 1, *qui test. fac.*).

Los textos citados por Heineccio para probar que no puede darse por tutor persona incierta, parece que prueban lo contrario: *Tutor incertus dari potest, l.* 20. Si hay dos o más a quienes cuadre el nombramiento, aquel será tutor, en quien pueda probarse que pensó el testador; a falta de esta prueba, ninguno: *non jus deficit, sed probatio, l.* 30. Pero ésta es después de todo, una cuestión verbal. Si puede probarse en quién pensó el testador, no hay persona incierta; si no puede probarse, no hay tutor.

214. Según la doctrina de Heineccio en este párrafo, si hay testamento con dación de tutor, no tiene cabida la tutela legítima, que sólo puede tenerla cuando el padre ha fallecido sin testamento, a lo menos relativamente a la tutela. Entiéndese que con relación a ésta ha fallecido sin

testamento: 1º, si testando no da tutor; 2º, si el tutor dado fallece antes que el testador. Pero ¿qué diremos si el tutor fallece o pierde la ciudadanía antes de hacerse cargo de la tutela, o durante el ejercicio de ella? *Idem dicamus* (*nempe, parentem intestatum quo ad tutelam decessisse*) *si tutor testamento datus, adhuc filio impubere manente, decesseri; nam tutela ejus ad agnatum revertitur* (*l.* 6, *de leg. tutoribus*). Lo mismo se halla definido en la *l.* 11, §§ *pen. et ult., de test. tutela.* Heineccio pues padeció error cuando en el § 314 de sus *Pandectas* da lugar en este caso a la tutela dativa y no a la legítima. Sólo cuando de varios tutores testamentarios muere uno, puede reemplazarle un tutor dativo; muertos todos, pasa la tutela a los legítimos; (*d. l.* 11, § *ult.*). De modo que un padre de familia puede morir testado con respecto a una parte de la duración de la tutela, e intestado con respecto a otra.

216. Expondremos con alguna más claridad este párrafo, trasladando a Vinnio (ad § 5, *Inst. de tut.*).

Para saber si el tutor es *jure datus,* debe atenderse a la persona del que lo nombra (el padre de familia), a la persona del pupilo (impúber y en potestad del testador), y al modo del nombramiento (en testamento, o codicilo confirmado por testamento). Faltando una de estas condiciones no vale el nombramiento *ipso jure;* pero en favor de los pupilos mismos ha determinado la ley que se supla en varios casos la que falta, y que se confirme el nombramiento, aunque no siempre de un mismo modo.

Si el padre da tutor al impúber *suyo* en codicilo no confirmado, se confirma el nombramiento simplemente, esto es, sin inquisición y sin fianza; y lo mismo sucede si se da tutor al emancipado, sea en la forma regular, o por codicilo no confirmado (§ 3, *Inst. de tut.; l.* 1 § 2, *l.* 3, *l.* 6, *de confirm. tut.*). Pero si se da tutor al hijo natural, es necesario que se le deje algo por testamento para que se confirme la tutela (*l.* 7, *de confirm. tut., l. ult. C. eod.*).

Si otro que el padre da tutor, la institución de heredero es necesaria (*l.* 4 *de test. tut., l.* 4 *de conf. tut.*), y debe preceder inquisición (*l.* 2, *l.* 5, *eod.; l.* 28 § 2, *de test. tut.*). Pero con esta diferencia: al tutor dado por la madre lo confirma sin fianza el pretor; al dado por otra persona lo confirman los magistrados municipales con fianza.

Contra la necesidad de la institución respecto de la madre se cita la *l.* 4 *C. de test. tut.*, que dice así: *Mater testamento filiis tutores dare non potest, nisi eos heredes instituerit: quando autem eos heredes non instituerit: solet ex voluntate defunctae datus tutor a praetoribus confirmari;* lo que en sentir de Heineccio significa que la costumbre en este caso prevalecía contra la prescripción del Derecho. Vinnio, al contrario, siguiendo a Cujacio, cree que está viciado el texto, y que debe leerse *quando eos heredes instituerit*, suprimido el *non*, como se halla en algunos manuscritos.

Los tutores confirmados, aunque se llaman alguna vez dativos, deben reducirse a la clase de los testamentarios: 1º, porque el dado por el padre contra las reglas generales, se dice expresamente que *confirmandus est ad tutelam gerendam, perinde ac si ex testamento datus esset, id est, ut satisdatio ei remittatur* (*l.* 3 *de conf. tut.*); 2º, porque la confirmación no pende de la voluntad o facultad del confirmante, pues está obligado a ella, cuando no hay justa causa de negarla; de lo que se sigue que [antes que] el tutor confirmado prefieren al legítimo; 3º, porque se le da expresamente el título de testamentario en la *l.* 7 *rem pup. salv.* Vinnio se inclina a que estas tutelas participan de la testamentaria y la dativa, y pudieran llamarse *mixtas*.

Antes de Justiniano la voluntad tácita del testador, que instituye heredero al esclavo o le nombra tutor de sus hijos, no hubiera producido el efecto de una manumisión directa, sino un fideicomiso, en virtud del cual los herederos debían manumitir al esclavo. Verdad es que según Paulo (*l.* 32 § 2 *de testam tut.*) la libertad habría sido una consecuencia directa del nombramiento de tutor; en lo que siguió, sin

duda, el dictamen de Atilicino: *quod Atilicino placuisse Paulus refert,* dice Justiniano (*pr. Inst. de hered. inst.*). Pero no parece haber sido ésa la opinión general, sino la que siguieron Valeriano y Galieno en su constitución, *l. 9 C. de fideicommisariis hereditatibus;* donde se dice, que cuando el padre nombra tutor al siervo sin darle expresamente la libertad, *receptum est et libertatis et pupillorum favore, ut per fideicommissum manumisisse eum videatur.* Justiniano en una de sus *Cincuenta Decisiones,* fue el que estableció que instituyéndose heredero al esclavo propio, por el mismo hecho se le mirase como directamente manumitido, en conformidad a lo que él mismo había ya dispuesto relativamente a la tutela (*l. 5 C. de nec. serv. haered. inst.*).

El nombramiento del esclavo propio para tutor nada vale, si lleva la cláusula *cum liber erit* (§ 1, *Inst. h. t.*); lo que sin duda se aplica al caso en que el testador no impone a alguna persona la obligación de emanciparle. Pero el nombramiento de siervo ajeno *cum liber erit,* es válido (*d.* § 1); y debe subentenderse esta cláusula, cuando las circunstancias no prueban intención contraria (*l.* 9 *C. de fideicomm. libert.*). Y aun se presumen que en el caso de omitirse la citada cláusula, y de no aparecer por las circunstancias ninguna cosa en contrario, se ha dejado al siervo ajeno la libertad por vía de fideicomiso, de suerte que el heredero es obligado a manumitir al esclavo luego que haya podido adquirirle (*l.* 10 § 4, *de testam. tut.*).

Si el menor de 25 años nombrado tutor no puede llegar a cumplirlos antes que el impúber salga de la edad pupilar, el nombramiento es nulo, y se recurre a la tutela legítima (*Vinn. ad* § 2 *Inst. h. t.*).

[*Apéndice II*]

De la tutela testamentaria *

1º, Tutela testamentaria para los impúberes; a qué impúberes se puede dar tutor por testamento. 2º, Confirmación de tutor que no se da con los requisitos legales.

[1]

Trátase en primer lugar de la tutela testamentaria, fundada en un texto de las XII Tablas: *Pater familias uti legassit super pecunia, tutelave suae rei, ita jus esto* (*Ulp.* XI, 14).

La tutela testamentaria no puede constituirse sino sobre los hijos o descendientes que son miembros de la familia, y que además están inmediatamente bajo la potestad del testador, o por ser hijos de éste, o porque los descendientes de grados intermedios han salido de la familia (*Caj.* I, 144, 146; *l.* 1 *pr. et* § 2 *h. t.*; § 3 *Inst. de tut.*). No se puede por consiguiente dar tutor al emancipado, ni al que ha sido adoptado en otra familia, ni a los descendientes que no lo son por línea masculina (puesto que los hijos de la hija pertenecen a la familia del yerno), ni a los nietos o biznietos de esta línea, si a la muerte del testador han de caer bajo la potestad del padre o abuelo (*ibid.*). El tutor dado a semejantes personas caía *jure datus;* pero en varios casos se suple lo que falta a la legalidad de su nombramiento, como más adelante veremos.

A los descendientes del testador que reúnen los dos requisitos antedichos, se les llama *herederos suyos,* o simplemente *suyos* (§ 2 *Inst. de hered. qualit.*). Todos ellos,

* Empieza aquí la otra redacción de los Nos. 1, 2 y 3, no tachados, de este título. Véase la nota de la *Comisión* al comienzo del Título. (Comisión Editora. Caracas).

muerto el testador, se hacen personas *sui juris;* a las cuales únicamente puede darse tutor.

Para que valga de derecho la tutela testamentaria, como que se funda en la potestad paterna, es menester que el testador tenga esa potestad al tiempo de la muerte. Los hijos y demás descendientes *póstumos* del testador, esto es, los que al tiempo de su muerte se hallan todavía en el seno materno, se miran como nacidos (*pro jam natis habentur*) relativamente a varios objetos; y vale el nombramiento de tutor para ellos, con tal que, en la suposición de salir a luz en vida del testador, hubiesen nacido *suyos* (*Caj.* I, 147; *l.* 3 § 1 *h. t.;* § 4 *Inst. de tut.*). Los póstumos en el antiguo derecho no podían ser objeto de disposiciones testamentarias, por la razón de ser personas inciertas (§ 25, 26, 27 *Inst. de legatis*) ; mas para dar valor a lo que acerca de ellos dispone el padre de familia, se creyó justo considerarlos como nacidos, bajo ciertos respectos, y entre ellos el de la tutela testamentaria. A los póstumos en que se verifica la condición que acaba de exponerse, se les llama *suyos* con relación al testador (§ 4 *Inst. de tut.*). La tutela, sin embargo, no principia, sino desde que nacen; porque en el seno maternal no hay pupilo (*l.* 161 de V. S.).

De aquí la regla general: No puede darse tutor testamentario sino a los hijos que están inmediatamente bajo la potestad del testador al momento de su muerte, o a los que nacerían inmediatamente bajo su potestad, si el testador viviese más tiempo: *Nemo potest tutorem dare cuiquam nisi ei quem in suis heredibus moriens habuit, habiturusve esset, si vixisset* (*l.* 73 *de R. J.*).

Esta regla sin embargo no debe entenderse tan al pie de la letra que abrace el caso en que por ej., se diese tutor a un nieto, y sobreviviendo éste y su padre al abuelo muriese el padre antes que el hijo.

Puede suceder que al que esté en el seno materno, se dé tutor válidamente, antes que exista en la familia el hijo de que procede. Sin duda será inútil el nombramiento, si al

tiempo de la muerte del testador existe todavía el padre del póstumo y no ha salido de la familia. ¿Pero qué sería si antes de fallecer el testador, hubiese dejado de pertenecer a ella, v. gr., por la muerte o por la emancipación?

En este caso, como en los otros de tutela testamentaria, todo dependería de la suerte que corriera el testamento. Si el testamento subsiste (para lo cual sería necesario que el póstumo hubiera sido instituido o desheredado conforme a derecho, de lo que se tratará en su lugar), valdrá la tutela; si no subsistiese el testamento, no habría tutela testamentaria, porque ésta suponía de necesidad un testamento válido. Lo mismo sucedería si al tiempo de dársele tutor hubiese ya nacido el nieto, con tal que el padre hubiese salido de la familia, antes de fallecer el testador (*l.* 10 § 2 *de test. tut.*).

[2]

Tres cosas deben examinarse para averiguar si el tutor testamentario ha sido nombrado con los requisitos legales (*jure datus*): 1°, que le haya nombrado el padre de familia; 2°, que el padre de familia haya dado tutor a un heredero *suyo;* 3°, que lo haya dado con las formas legales en testamento, o en codicilo confirmado por testamento. Cualquiera de estos requisitos que se eche menos, no vale en derecho el tutor; pero, tomándose en consideración el respeto debido a la calidad del testador, y su afecto al pupilo, se permite en muchos casos al magistrado superior suplir lo que falte para la validez de la tutela y confirmarla (*l.* 1 § 1 *de confirm. tut.*).

La confirmación puede otorgarse sin examen ni fianza; con examen sin fianza; con ambos requisitos.

Se confirma sin examen ni fianza el tutor dado por el padre al hijo heredero *suyo,* sin embargo de que se impugne el testamento, y de que definitivamente se declare inválido. Si no se declarase tal, el tutor habría sido *jure datus;* y si el

testamento se invalidase, el decreto del magistrado habrá autorizado la tutela (*l.* 26 § 2, *l.* 27, *l.* 31, *h. t.*). Confírmase de la misma manera el tutor dado por el padre al hijo emancipado (*l.* 1 § 2, *l.* 3, *l.* 6, *de conf. tut.;* § 5 *Inst. de tut.*). Lo mismo, si el padre ha dado tutor al hijo natural, esto es, habido en concubina, con tal que le deje alguna parte de sus bienes (*l.* 7 *pr. de conf. tut.; l.* 4 *C. eod.*).

El magistrado defiere en estos casos a la elección del padre, aun expresada sin las formas legales o en codicilo no confirmado (*l.* 1 § 1 *de conf. tut.*). Y en todos ellos confirma sin examen, a no ser que algún motivo particular lo aconseje; por ejemplo, si es de presumir que el testador, como menor de edad, ha procedido con ligereza, o si después del nombramiento ha menguado la fortuna del tutor, o se ha descubierto que es hombre indigno de confianza, o está empeñado con el hijo en contrato ruinoso, o se ha enemistado con el padre (*l.* 4 *h. t.; l.* 8, 9, 10, *de conf. tut.; l.* 3 § 3 *de admin. tut.*).

Se confirma con examen y sin fianza el tutor dado por la madre, con tal que instituya heredero al pupilo (*l.* 4 *h. t.; l.* 2 *de conf. tut.; l.* 4, *C. h. t.*). (a)

Para los tutores que da el patrono al liberto, o cualquier testador a un extraño, se requiere investigación, y que el pupilo sea instituido heredero, y se remiten los tutores a los magistrados municipales para que, recibida la competente fianza, los confirmen (*l.* 4 *et* 5 *de conf. tut.*). Según la primera de estas leyes, es circunstancia precisa que el pupilo no tenga otros bienes además de aquellos en que ha sido instituido heredero.

(a) En esta ley donde dice, *quando autem eos heredes non instituerit,* debe suprimirse la negación (Vinnius *ad* § 5 *Inst. de tut.;* Pothier, *Pand. lib.* XXVI, *tit.* III, *n.* 3).

Título XV

De la tutela legítima de los agnados *

1, Cuándo se entiende que alguien muere intestado relativamente a la tutela. 2, Idea precisa de la agnación. 3, A qué agnados se defiere la tutela legítima. 4, Tutelas legítimas análogas a la de los agnados.

1

Pasamos ahora a tratar de las tutelas que son deferidas por la ley, y se llaman por eso *legítimas*, entre las cuales la primera es la de los agnados.

La ley de las XII Tablas, después de autorizar al padre de familia a reglar por testamento la tutela de los herederos suyos, previó el caso de morir el padre de familia sin testamento y defirió entonces la tutela al más próximo agnado varón (*Caj.* I, 155; *pr. Inst. h. t.*). Trátase pues de saber en qué caso muere intestado el padre, y cuáles son los agnados de su pupilo.

Muere intestado el padre de familia que no deja testamento o cuyo testamento queda sin efecto (*pr. Inst. de hered. quae ab int.*); pero en la materia presente, se considera también como intestado, al que habiendo hecho testamento válido, no ha nombrado tutor en él, o ha nombrado un tutor que fallece antes que el testador (*l. 6 de leg. tut.; § 2 Inst. h. t.*). En ambos casos el difunto es intestado relativamente a toda la tutela; pero si el tutor fallece después que el testador, este último no es intestado sino relativamente al tiempo que falta hasta la pubertad del pupilo; y ese fin de tutela pertenece también a los agnados (*l. 6 de leg. tut.*).

Otra cosa es cuando el nombramiento no puede desde

* De este título existe otra redacción anterior, manuscrita del propio Bello, que publicamos como *Apéndice* de éste. (Comisión Editora. Caracas).

luego llevarse a efecto, por ser desde cierto tiempo o desde el evento de una condición. Este intervalo se llena por medio de la tutela dativa, porque mientras es posible que tenga cabida la tutela testamentaria, no se admite a los tutores legítimos (*l.* 11 *de test. tut.*).

2

La familia, en su más estricto sentido, se compone de personas que están todas bajo la potestad de un mismo padre (*parens*), sea que naturalmente desciendan de él, concurriendo el vínculo civil de potestad con el de la sangre, o que hayan sido incorporados en la familia por una verdadera adopción. Muerto el padre de familia, cada uno de los miembros de ella que pasan a ser personas *sui juris*, empieza a tener una familia peculiar suya, que le está cometida por el vínculo de potestad. Pero todas estas familias particulares siguen todavía formando una sola en un sentido menos estricto, y esta familia general no es más que la primitiva continuada entre individuos *qui sub unius potestate fuerunt*, y que tienen todavía el título común de agnados, que comunican a los que nacen en cada familia particular o se incorporan en ella por adopción.

Los hijos no son jamás agnados de su madre ni de los ascendientes de ésta, como que el vínculo de potestad no los liga sino con el padre y con los agnados paternos; *patris, non matris familiam sequuntur* (*Caj.* I, 156; *l.* 7 *de leg. tut.*; *l.* 196 § 1 *de V. S.*; § 1 *Inst. h. t.*). Por otra parte, el que sale de la familia paterna por emancipación o adopción deja de ser agnado del padre y de los agnados paternos. El adoptado se hace agnado de todos los agnados del padre adoptivo, y el emancipado pasa a ser cabeza de una familia tan enteramente nueva como la del esclavo manumiso (*Caj.* I, 162, 163).

Entendiéndose por *cognado* todo pariente, sea natural

o civil, es claro que hay muchos cognados que no son agnados; y limitando el significado de cognación al vínculo de sangre, es también manifiesto que hay agnados que no son cognados.

3

La ley defiere la tutela al agnado de más próximo grado, y si hay muchos del mismo grado, a todos ellos (*Caj.* I, 164; *l. 9 de leg. tut.; § 7 Inst. de cap. demin.*) ; siendo, por otra parte, capaces de ejercerla. Recuérdese lo que se ha dicho en el título *De las tutelas.*

4

Posteriormente se establecieron otras tutelas legítimas, no conforme a la ley de las XII Tablas sino en virtud de leyes o senadoconsultos especiales.

Así por constitución de Anastasio (*l.* 4, *C. de leg. tut.*) el hermano emancipado es llamado a la tutela de su hermano o su hermana paternos, y de los hijos del hermano, prefiriendo a los agnados, como si el derecho de agnación no se hubiese disuelto. Pero el emancipado por el padre adoptivo no es autorizado por la citada disposición para servir la tutela de los hijos de éste, de los cuales no es ya ni agnado ni hermano.

Ya se ha dicho haberse permitido a la madre o la abuela encargarse de la tutela de sus hijos o nietos, y con qué condiciones. No les es obligatorio servirla, y en esto se diferencian de los demás tutores legítimos; y si lo desean, son preferidas a todos, excepto los tutores testamentarios.

Finalmente, por el derecho novísimo, se igualaron los cognados a los agnados en lo relativo a la herencia y tutela, de manera que todos los parientes de próximo grado, ya lo sean por ambos vínculos, natural y civil o sólo por uno de

ellos, son llamados juntamente a la tutela, si por otra parte no carecen de las cualidades que pide la ley para este cargo (*Nov.* 118, *c.* 4, 5).

La tutela legítima de los agnados, establecida por la ley de las XII Tablas, cesa con el derecho de agnación, y consiguientemente aun por la mínima deminución de cabeza, que sufren, como veremos luego, todos los que son emancipados y adoptados; pero esto no se extiende a las tutelas legítimas, creadas por leyes especiales o senadoconsultos (*l.* 7 *pr. de cap. min.*). Así el emancipado que ejerce la tutela de su hermano según la Constitución de Anastasio, no deja de ser tutor aunque se dé en arrogación, porque ha sido llamado a la tutela como hermano consanguíneo y no como agnado (*tutela sic defertur ut persona naturaliter designatur,* esto es, por el vínculo natural o de sangre). Y según el mismo principio, aun después de nivelada la mera cognación con la agnación, los que ejercen una tutela como agnados del impúber, sin otro vínculo de parentesco que el civil, cesan en el ejercicio de la tutela por la mínima deminución de cabeza.

Hay un pasaje en la Instituta en que no encuentro satisfactoria la explicación de Vinnio: *Agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur* (§ 3 *h. t.*) ¿Por qué *plerumque* y no *semper*? Vinnio cree que con esa palabra se alude al derecho de agnación otorgado por leyes especiales a ciertas personas que no son agnados, como al hermano emancipado, por la constitución anastasiana. Pero no parece que estas personas se considerasen como agnados; la herencia y la tutela que se les deferían eran sin duda legítimas, porque las defería la ley, pero la ley para deferirlas no tomaba en consideración sino el vínculo natural. ¿No se indicará más bien con el *plerumque* un caso que aun en el derecho antiguo no debía de ser muy raro, es a saber, aquel en que un agnado se da en arrogación a otro agnado, por ejemplo, a su tío paterno?

[*Apéndice*]

De la tutela legítima de los agnados[1]

Se llaman agnados los que descienden de un mismo varón por línea masculina; contando como descendientes los adoptivos, y excluyendo de ese número los emancipados y los dados en adopción fuera de la familia. Pero téngase presente que en la materia de que ahora se trata, no es el vínculo de patria potestad lo que forma la familia, sino el vínculo de agnación. Si se da en adopción un hijo a su abuelo materno pasa este hijo de una familia de agnados a otra; al paso que si es arrogado por su hermano paterno, permanece en la familia, bien que ocupando en ella un grado inferior al que antes tenía.

220. Sólo a los agnados más próximos llamaba la ley; por falta de éstos no están admitidos los de grado inferior.

221. El derecho de agnación se extingue por toda deminución de cabeza, aun la mínima, que acompaña a la adopción y a la emancipación; mas no siempre: *plerumque perimitur,* dice Justiniano (§ 3 *Inst. hoc tit.*). *Plerumque,* según Vinnio, porque se había dado el derecho de agnación a otras personas que no eran agnados, como la madre y la abuela, llamadas a la herencia y la tutela del impúber (*l. 7 de capite min.; l.* 1 § 8, *ad SC. Tert.;* § 2, *Inst. de SC. Orphit.*) ; como el hermano emancipado, llamado de la misma manera, por constitución de Anastasio, a la herencia y la tutela del hermano y la hermana y de los hijos del hermano, cual si no se hubiese disuelto el vínculo de patria potestad (*l.* 4, *C., de legit. tut.*). Pero aunque estas herencias y tutelas eran legítimas, porque no las daba el testamento, sino la ley, las personas no eran agnadas, [ni] les tocaba como a tales la herencia o tutela, sino en virtud de

1 Trascribimos la otra redacción, parcial, de este título, que no fue tachada por Bello. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

un derecho excepcional. La palabra *plerumque* alude probablemente al caso de ser una persona arrogada dentro de la familia.

Como en el derecho novísimo los cognados son llamados juntos con los agnados a la herencia y tutela (*Nov.* 118, c. 4, 5), parece seguirse que estos derechos no se extinguen ya por la mínima deminución de cabeza. Con todo, los cognados no excluyen a los agnados que lo son solamente por adopción, y cuyos derechos perecen necesariamente cuando en virtud de la emancipación o de una nueva adopción se desata el vínculo civil.

223. Por familia debe entenderse aquí la de los agnados; *ordo agnatorum*.

TÍTULO XVI

De la deminución de cabeza *

1, Deminución de cabeza, en general. 2, Mínima deminución. 3. Efectos de las deminuciones de cabeza.

1

La deminución de cabeza, dice Justiniano, es la mutación del estado anterior; *status prioris mutatio* (*pr. Inst. de cap. dem.*). El estado comprende tres cosas, la libertad, la ciudadanía y la familia. Si se pierde la libertad, se pierden al mismo tiempo los derechos de ciudadano y los derechos de familia; y ésta es la máxima deminución de cabeza. Si conservando la calidad de hombre libre, se pierde la de ciudadano, perecen al mismo tiempo los derechos de familia; y esto es lo que se llama *media* o *minor capitis deminutio*. Si, en fin, conservando el estado de libertad y el de ciudadanía romana, se pierden los derechos de familia, se experi-

* De este título existe otra redacción anterior. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

menta una *mínima deminución de cabeza.* No cabe duda que lo que en esta materia se llama *estado* (*status*) se refiere a las tres cosas dichas, libertad, ciudadanía, familia; lo que no se opone a que se den otros significados a la misma palabra bajo otros puntos de vista (*Caj.* I, 160, 161, 162; *Ulp.* XI, 10, 11, 12, 13; *l.* 11 *de cap. min.*; §§ 1, 2, 3, *Inst. h. t.*) (a).

En la frase *deminución de cabeza,* se entiende por cabeza, la persona civil. Cuando se pierde la libertad o la ciudadanía hay una cabeza menos en el número de los hombres libres o de los ciudadanos, y cuando se deja de pertenecer a una familia hay en ella una cabeza menos. Cayo define la deminución de cabeza *capitis permutatio* (I, 159) que equivale exactamente a la *status mutatio* de Justiniano y a la *status permutatio* del mismo Cayo (*l.* 1 *de cap. min.*), y de Paulo (I, *t.* 7 § 2), etc.

Antes hemos visto en qué caso se pierde la libertad o la ciudadanía, y se sufre, por tanto, la máxima o media deminución (tit. *del derecho de las personas*). La mínima acompaña siempre a las otras dos, como la media a la máxima. Resta ver en qué casos se sufre la mínima, permaneciendo ilesas la libertad y la ciudadanía.

2

En la mínima, *familia tantum mutatur* (cit. *l.* 11), o según Ulpiano (XI, 13) *status duntaxat hominis mutatur;* por donde parece que *status* designa especialmente el de familia. Esta mutación de familia se verifica cuando una persona *sui juris* cae bajo la potestad ajena, como en la arrogación o la legitimación; o al contrario, cuando una persona que está bajo la potestad de otra, se hace *sui juris* por la emancipación (§ 3 *Inst. h. t.*): *vel contra,* dicen solamente algunas ediciones; *vel contra, veluti si filius familiae a patre*

(a) A veces los dos grados más altos de la deminución de cabeza se llaman *majores* (*Caj.* I, 163) o ambos colectivamente *magna* (*l.* 5 § 3 *de extr. cognit.*); y por oposición a *magna* se llama el grado ínfimo *minor* (*l.* 1 § 4 *de suis*).

emancipatus fuerit, est capite minutus, dicen las vulgares; y del mismo modo, suprimiendo sólo el *veluti,* varios manuscritos antiguos, según testifica Cujacio, que prefiere con bastante fundamento esta última lección a las otras. En efecto, adoptando la primera, se seguiría que saliendo de la potestad ajena para ser persona *sui juris,* se sufriría siempre deminución de cabeza; y no es así, cuando se adquiere la independencia por la muerte del padre, o por la inauguración de *flamen dial* (Caj. III, 114; *l.* 3 § 4 *de SC. Maced.; l.* 195 § 2 *de V. S.*); y probablemente por entrar en el colegio de las vestales (según se infiere de *Caj.* I, 130, y *Ulp.* X, 5). Adoptando la segunda lección, se presentaría la emancipación como *uno* de los casos en que se sufre esta deminución, adquiriendo la independencia personal; siendo así que no hay otro de la misma especie. *Vel contra, si filius familiae a patre emancipatus fuerit, est capite minutus,* ofrece una idea precisa, que no da lugar a ninguna de esas dos objeciones.

En el derecho antiguo se sufría también la mínima deminución de cabeza, cuando una persona *sui juris* pasaba a la *mancipii causa*: por ejemplo, la mujer *sui juris* que para eximirse de un tutor, o por otro motivo hacía coerción con un extraño, lo que se ejecutaba por *mancipationem, id est, per quandam imaginariam venditionem* (Caj. I, 113, 114, 115).

Pero además se sufre la mínima deminución, sin que una persona deje de ser o se haga *sui juris,* como sucede cuando uno es dado en adopción o cuando es arrogado su padre y le sigue a la nueva familia (*Ulp.* XI, 13; *l.* 3 *pr. de cap. min.*). Y en el antiguo derecho era lo mismo cuando un hijo de familia o una mujer *in manu* pasaba a la *mancipii causa;* y aun si la adopción y la emancipación acarreaban la mínima deminución de cabeza, era porque según el derecho primitivo se pasaba por la *mancipii causa* (*l.* 3 § 1 *de cap. min.;* Savigny, *lib.* II, *cap.* 2, § 68).

Al contrario, el esclavo que adquiere la libertad no su-

fre deminución de cabeza, *quia servile caput nullum jus habet; ideo nec minui potest* (*l.* 3 § 1 *de cap. min.*).

3

La máxima *capitis deminutio* ha sido asemejada a la muerte; otro tanto se aplica a la media, cuando se sufre como pena de un crimen. Pero es necesario separar de ambas la confiscación, que es una pena impuesta a ciertos delitos, pero no una consecuencia necesaria de la deminución de cabeza. El ciudadano que entraba en una colonia latina, sufría sin duda la deminución media; y sin embargo, conservaba sus bienes. Se confiscaban, a la verdad, los bienes del *servus poenae,* y ésta era la regla general para todos los que por condición judicial perdían la ciudadanía o la vida, o eran reducidos a condenación servil (*l.* 1 *pr. de bonis damnat.*) (a). Pero ya se ha dicho que el siervo de la pena no tenía por dueño al fisco, al cual, en consecuencia, no tocaba ninguna parte en las herencias y legados deferidos después de la condenación, que se miraban simplemente como no escritos, por la incapacidad inherente al estado de servidumbre.

El matrimonio del deportado deja de ser *justae nuptiae;* pero si los consortes así lo quieren, puede continuar como matrimonio del derecho de gentes. La agnación perece asimismo para el deportado, y, lo que es más, la cognación, a lo menos en cuanto a sus principales efectos jurídicos, como el de suceder en los bienes o el de ejercer la tutela. Por lo tocante a los impedimentos de matrimonio, la cognación subsiste, aun respecto de los esclavos.

Pasemos a la mínima deminución.

La mancipación de un hijo o de una mujer *in manu* disuelve también la agnación anterior, y por tanto acarrea una mínima deminución de cabeza.

(a) En muchos casos se dejaba una parte de los bienes a los hijos, y al patrono (*l.* 7 *de bonis damn.*).

Hay un texto de Cayo (I, 162), según el cual parece que no sólo las mancipaciones, sino las manumisiones envuelven mínima deminución de cabeza: *Minima deminutio est et in his qui mancipio dantur quique ex mancipio manumittantur; adeo quidem ut quibus quisque mancipetur aut a . . . tur, toties capite deminuntur.* El blanco puede llenarse leyendo *aut* o *atque manumittatur,* según quiera entenderse el pasaje. Su sentido más obvio es que "hay también mínima deminución en los que se dan a mancipio y en los que son manumitidos del mancipio; de manera que cuantas veces sea uno mancipado o manumitido, tantas sufrirá deminución de cabeza" *Quique* se toma por *et in his qui,* y por consiguiente el blanco debe llenarse con *aut.* Admitido que la deminución mínima adhiere a toda mutación de familia, aun la momentánea y simbólica, no hay dificultad en concebir, no sólo que toda mancipación la produce, en lo cual convienen todos, sino toda manumisión *ex mancipio,* pasándose en ella de una familia a otra puesto que el mancipado no es incapaz de los derechos de familia, como que su matrimonio subsiste. Pero esta explicación se opone al sistema de la mutación *in deterius.* Según él, no es concebible ni que la manumisión *ex mancipio,* que es *mutatio in melius,* ni la remancipación, en que no se altera la capacidad de derecho, ni la final manumisión, produzcan el efecto de que se trata. Savigny, por tanto, recurre al arbitrio forzado de entender *quique* simplemente por *et qui,* y de suponer que se habla de las manumisiones únicamente para señalar las mancipaciones precedentes; leyendo por consiguiente *ac* o *atque* y no *aut.* En esta interpretación hay además el inconveniente de quedar excluida de la *cap. dem.* la tercera mancipación del hijo varón, y la única de la hija y de los demás descendientes que ciertamente empeoran la condición del mancipado, y acarrean por tanto la mínima deminución aún en el sentido de Savigny, como él mismo lo reconoce. Creo que el texto de Cayo puede mirarse como un argumento más contra la teoría del célebre jurisconsulto moderno.

La adopción estrictamente tomada produce más bien la *min. cap. dem.*, puesto que el adoptando pasa a la familia del padre adoptivo; lo que, según hemos visto, no sucede en el derecho de Justiniano, sino cuando el adoptante es al mismo tiempo ascendiente, y aun esto no en todos los casos. La adopción propiamente dicha, estaba sujeta a las degradaciones de la *mancipii causa*, de la misma manera que la emancipación, pues o se pasaba por todos los trámites de ésta, hasta que remancipando el hijo al padre, lo vindicaba el adoptante a presencia del magistrado, y no contradiciéndolo el padre, era adicto al adoptante; o bien en lugar de procederse a la remancipación, *jure mancipabatur;* lo reclamaba como suyo el adoptante a presencia del magistrado (*Caj.* I, 134).

Hay en la *Instituta* de Justiniano una expresión en que debemos hacer alto. Hay deminución de cabeza, dice Justiniano, todas las veces que una persona *sui juris* cae bajo poder ajeno; en lo cual no cabe contradicción. Pero añade *vel contra,* esto es, cuando una persona que está bajo poder ajeno, se hace *sui juris;* lo cual expresado con esta generalidad es falso; porque cuando muere el padre de familia, los que a consecuencia de este suceso adquieren la indepedencia personal, no sufren deminución de cabeza, porque conservan la primitiva agnación (*l.* 195 § 2, *de verb. signif.; Caj. Inst.* III, 114).

Resta saber si en el derecho de Justiniano deban considerarse la emancipación y la adopción *stricte dicta*, como deminuciones de cabeza, no habiendo ya en ellas las mancipaciones y manumisiones antiguas. Savigny lo niega, como su teoría lo exige. Pero en el sistema de la mera mutación de familia, no parece que deba seguirse esta opinión, pues el adoptado y el emancipado, valga lo que valiere la agnación, (que en efecto, por las innovaciones relativas al derecho de sucesión y a la carga de la tutela, vino a quedar en casi nada), pasan siempre de una familia de agnados a otra. Heineccio que fija la mínima deminución en el hecho de

pasar a la patria potestad el que antes no era hijo de familia, es consecuente en mirar la deminución del emancipado como tácitamente abolida, faltando la *imaginaria servilis causa* que daba fundamento a ella. En cuanto a la adopción propiamente dicha, él y Vinnio la omiten entre las *min. cap. dem.*, sea del derecho de Justiniano, o del antiguo; fundados sin duda en el silencio de la *Instituta.*

Apuntemos las otras especies, relativas a la *min. cap. dem.*, enumeradas por Savigny (Lib. 2, cap. VI).

1. La *conventio in manum.* Si la mujer era *sui juris*, no cabe duda, en ninguno de los dos sistemas. Si era hija de familia, Savigny, consecuente a sus principios, no reconoce deminución. No hay texto en pro ni en contra.

2. La consagración de los *flamines Diales* y de las Vestales. Salían de la potestad patria (*Caj.* I, 130; *Ulp. Reg.* X, 5). Por consiguiente, según conjetura Savigny, pierden la antigua agnación. Sin embargo no sufrían deminución de cabeza, según Aulo Gelio: *Virgo vestalis, simul est capta, sine emancipatione, ac sine capitis minutione, a patris potestate exit, et jus testamenti faciundi adipiscitur. Praeterea in Commentariis Labeonis, quae ad duodecim tabulas composuit, ita scriptum est: virgo vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quisquam, sed bona ejus in publicum redigi ajunt. Id quo jure fiat quaeritur.* Y con respecto al flamen Dial, dice también Cayo que salía de la potestad paterna sin deminución de cabeza (III, 114). Pero éste es un caso excepcional que no nos es suficientemente conocido; los antiguos mismos no podían explicarlo por los principios comunes del derecho: *id quo jure fiat quaeritur.* Por otra parte, no hay prueba concluyente de que se extinguiese la agnación.

La pérdida de una dignidad, como la de senador, no acarreaba deminución de cabeza (§ 5 *Inst., h. t.; l.* 3 *de senat.*).

La mínima deminución de cabeza no destruye los derechos de cognación, como la máxima y media, que sólo la dejan subsistente en cuanto a los impedimentos de parentesco

para el matrimonio (§ 6, *Inst. hoc tit.; l.* 1 § 4 *et* 8 *ad SC. Tertyll.; l.* 7, *unde cogn.*).

[*Apéndice*]

De la deminución de cabeza *

224. *Status priori mutatio* es o la pérdida de la libertad, o la pérdida de la ciudadanía, o la mudanza de familia, pasando de una familia de agnados a otra. De aquí las tres deminuciones de cabeza.

228. ¿Pero qué significa en esta frase *caput*? Savigny no acepta la explicación de Heineccio, porque no se adapta a la emancipación, que lejos de quitar al censo una cabeza, introduce en él otra nueva, y porque la deminución tomada en el sentido de Heineccio no sería una cabeza menos para el individuo, sino para el pueblo romano.

Niehbur da otra explicación en su *Historia Romana. Caput* es el lugar ocupado por cada ciudadano en las listas del censo. Si en ellas al lado del nombre se mencionaba una mutación *in deterius*, esto es que menoscabase su capacidad de derecho, había *deminutio capitis;* señaladamente en el caso de la arrogación. ¿Pero qué diremos de la adopción y de la emancipación, que si bien atraviesan una especie de servidumbre, es sólo simbólica momentáneamente, dejando un resultado definitivo en que el censo gana, o por lo menos nada pierde? ¿Qué diremos del texto de Paulo (*l.* 3 § 1 *de cap. min.*) *servile caput nullum jus habet; ideo nec minui potest*? ¿Qué del texto de la *Inst.*, 4, *h. t.*, *servus manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit*?

Creo con todo, siguiendo a Vinnio, que no todo *caput* se refiere al censo; que en la máxima y media deminución, *ordo civium*, en la mínima *ordo agnatorum capite minuitur*.

* De este título hay otra redacción parcial en hojas manuscritas, en las cuales se desarrollan algunos de los puntos tratados en el título. A continuación trascribimos dichos textos, que están ordenados por párrafos. (Comisión Editora. Caracas).

Heineccio parece fijar la mínima deminución en el hecho de pasar a *juris alieni* el *sui juris*. Así la adición *in deterius* considerada por algunos como necesaria a la definición *status prioris mutatio,* no le parece inadmisible como falsa, sino como superflua. Nosotros la rechazamos como falsa por las razones que inmediatamente expondremos.

La circunstancia de sufrir deminución de cabeza los hijos de los arrogados que pasan con él a la potestad del arrogador, es un argumento poderoso contra los que creen incompleta la definición *mutatio status,* y creen necesario añadir *in deterius,* esto es, con menoscabo de la capacidad de derecho. Savigny no responde a esta objeción sino alegando que el texto de Paulo en la ley 3 *de cap. min.* dista mucho de ser decisivo, porque este jurisconsulto es el único que habla de los hijos de los arrogados, y porque además la doctrina se funda en motivos muy poco seguros; a saber, que están sujetos a potestad ajena y han mudado de familia. A la verdad, la primera razón considerada de por sí, no parece oportuna, y tal vez el jurisconsulto ha querido dar una sola, como si dijese, "porque si bien están todavía en poder ajeno, y bajo este respecto nada hay nuevo, han mudado de familia, pasando de la familia original del arrogado a la del arrogador". De todos modos, el *cum familiam mutaverint* es una prueba irrecusable de que la sola mudanza de familia, aunque no *in deterius,* acarrea deminución de cabeza. Agréguense otros textos de Paulo *l.* 7, 11, *eodem.*

Título XVII

De la tutela legítima de los patronos *

232. La regla sufre excepción cuando el heredero presuntivo del liberto es mujer. En este caso la tutela se separa de la herencia, y pasa, como si no existiere la mujer, a los va-

* Del título XVII sólo se conserva este breve texto correspondiente a la redacción con numeración de párrafos. Comisión Editora. Caracas).

rones que son excluidos de la herencia por ella (*Inst., de leg. patr. tutela; l.* 1 § 1, *l.* 10, *de leg.*

TÍTULO XVIII

De la tutela legítima de los ascendientes *

234. Ya se sabe que las tres mancipaciones y manumisiones simbólicas, no eran necesarias sino para la emancipación del hijo varón; y que para la hija y los descendientes de cualquier sexo y de ulterior grado bastaba una sola mancipación y manumisión. Mas esta circunstancia no destruye el raciocinio del texto, que funda el derecho de tutela en la manumisión simbólica.

El derecho de quasi patronato pertenecía al último o el único manumisor, que regularmente era el padre, en virtud del contrato *de fiducia*, que intervenía en dicha única o la última mancipación, para que el comprador le remancipase el hijo o descendiente. Pero si el comprador manumitía definitivamente, él era el quasipatrono.

Justiniano, simplificando la forma, conservó los efectos de la antigua emancipación fiduciaria, de modo que el ascendiente tiene siempre los derechos de patrono, y a ejemplo de éste, sufre la carga de la tutela del descendiente emancipado (§ 8 *Inst. de leg. agnat. succ.*).

Muriendo el padre o ascendiente tutor, es deferida la tutela al que éste haya nombrado en testamento, si lo confirma el magistrado; si muere intestado, a la tutela legítima sucede la fiduciaria de que se habla en el siguiente título.

* De este título sólo se conserva el texto de la redacción con numeración de párrafos. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

Título XIX

De la tutela fiduciaria *

237. A la tutela del padre emancipador se dio el título de tutela *legítima* (*Caj. Inst.* I, 172; *l.* 3 § 10, *de leg. tut.*); y el de *fiduciaria* a la tutela del que emancipó un *caput liberum,* mancipado por el ascendiente (*Ulp.* Reg. XI, 5; *Caj. Inst.* I, 166). Heineccio y Vinnio aplicaron mal al padre lo que se dice del manumisor extraño en el texto de Ulpiano. El comprador se llamaba *fiduciario,* y de aquí probablemente la denominación que se daba a la tutela ejercida por éste. Pero se llamó también tutela fiduciaria la de los hijos del ascendiente emancipador, que podían ser o hermanos, o tíos, o tal vez el padre mismo del que había sido emancipado por el abuelo (*Caj. Inst.* I, 175; *l.* 4 *de leg. tut.; Inst. de fid. tut.*).

¿Por qué, pasando la tutela del patrono a sus hijos, el emancipador no la trasmite a sus hijos, que forman una clase aparte en la clasificación de los tutores? Justiniano dice en la *Instituta,* que el patrono trasmite la tutela del liberto a sus hijos como les hubiera trasferido el dominio del esclavo; al paso que el hijo, por la muerte del padre, no cae bajo la potestad de los hermanos. Pero esta razón no es aplicable al padre, que a la muerte del abuelo emancipador es tutor fiduciario de sus propios hijos. La verdadera razón es otra. Los hijos del patrono suceden en el derecho de patronato, y llamados en esta virtud a la herencia del liberto, lo son consiguientemente a la tutela; al paso que el quasipatronato del emancipador se extingue con él. Sus hijos no son patronos del emancipado, ni son tampoco sus agnados, porque la emancipación ha roto este vínculo; y por tanto si se les llama a la tutela no es como herederos presuntivos, según el sistema

* De este título sólo se conserva la redacción con numeración de párrafos. (Comisión Editora. Caracas).

INSTITUTES
DE JUSTINIEN

TRADUITES ET EXPLIQUÉES

PAR

A. M. DU CAURROY,

AVOCAT A LA COUR D'APPEL, PROFESSEUR A L'ÉCOLE DE DROIT DE PARIS.

TOME PREMIER

CONTENANT LES DEUX PREMIERS LIVRES.

HUITIÈME ÉDITION

Revue et corrigée.

PARIS

GUSTAVE THOREL, LIBRAIRE-ÉDITEUR,

PLACE DU PANTHÉON, 4, PRÈS DE L'ÉCOLE DE DROIT.

1851

Facsímil de la portada de la edición de París 1851, de las *Instituciones* de Justiniano por Du Caurroy.

de la ley de las Doce Tablas. Así la tutela fiduciaria no es una tutela legítima en el sentido de las tres precedentes, sino en una acepción más extensa que abraza a todos los tutores *quos nemo dat*.

Con respecto a todas las tutelas legítimas dispuso Justiniano que no se defiriesen a los menores de 25 años (*l.* 5 *C. de leg. tut.*). Antiguamente se deferían aun a los impúberes, y la edad era sólo un impedimento temporal (*Ulp. Reg.* XI, 20; *l.* 10 § 7, *de excus.*). Justiniano comprende en la citada regla no sólo a los tutores dativos, sino a los curadores.

Resumiendo lo dicho, o los pupilos son libertos o ingenuos.

Si libertos, se defiere la tutela al patrono y en su defecto a sus hijos.

Si ingenuos, o han llegado a ser *sui juris* sin deminución de cabeza, por la muerte del padre de familia, o con deminución de cabeza, por emancipación. En el primer caso, tutela legítima de los agnados; en el segundo, tutela legítima del ascendiente emancipador, o, en su defecto, tutela fiduciaria de los hijos de éste (Du Caurroy, *Inst. h. t.*).

Título XX

Del tutor atiliano, y del que es dado en virtud de la ley Julia y Ticia *

239. Los tutores testamentarios son a veces llamados dativos, por oposición a los legítimos, *quos nemo dat*.

241. Se presume que la ley Julia y Ticia fue promulgada en Roma, el año 723, bajo el consulado de Octavio y Marco Ticio.

242. Dejó de darse tutor conforme a las leyes Atilia, y Julia y Ticia, después que se confió este encargo a los cón-

* De este título sólo se conserva la redacción con numeración de párrafos. (Comisión Editora. Caracas).

sules bajo el emperador Claudio, y después a los pretores llamados *tutelares* por una constitución que se cree de Marco Aurelio. Debían darlos *ex inquisitione,* esto es, previo examen de las calidades del tutor (*l.* 21 §§ 5 *et* 6. *de tut. et cur. dat.*); examen que probablemente se exigía antes de estas innovaciones, y que abrazaba cuatro puntos: las costumbres, la fortuna, si se había ofrecido a la tutela, si había dado dinero por obtenerla; (*d. l.* 21, §§ 5 *et* 6). Para la derogación de aquellas leyes da dos causas la Instituta: 1ª, que no se trataba en ellas de la fianza *rem pupilii salvam fore,* que debían prestar los tutores; la segunda, porque nada decían sobre la coacción para obligarlos a hacerse cargo de la tutela. Vinnio observa que ni uno ni otro punto son de este lugar; porque la fianza incumbe principalmente a los legítimos, y la coacción se empleaba sobre los tutores de todas clases (§ 3 *Inst. h. t.; Vinnius ib.*).

Según la legislación del Digesto la dación de tutores pertenece en Roma al prefecto de la ciudad y al pretor, según el territorio y personas que su respectiva jurisdicción abrazaba; a saber, al pretor en Roma, o en los lugares circunvecinos, al prefecto en toda la Italia. No estaba comprendida en la jurisdicción natural de estos magistrados la dación de tutor; el pretor, por ejemplo, había sido instituido para la administración de justicia en causas contenciosas; las otras funciones que se le confiaron por leyes posteriores formaban a la verdad una jurisdicción verdadera, que pasaba de unos a otros con la magistratura; pero que siempre se miró como una autoridad adventicia, como una comisión especial, y por tanto indelegable (*l.* 1, *de offic. ejus cui mand.; l. de tut. et curat. dat.; l.* 2, 3, *de off. proc.*).

En las provincias, los tutores eran nombrados por los gobernadores (*praesides, proconsules, prefectos, etc.*), o si no era grande la hacienda del pupilo, por los magistrados municipales de cada ciudad, previa en este caso la orden del gobernador (§ 4 *Inst. h. tit.*). No era esta orden una

delegación, supuesto que la ley confería directamente a los magistrados la facultad de nombrar tutores; bien que con el requisito de someter cada caso al gobernador, para que si éste quería, nombrase por sí, o en la suposición contraria, les devolviese el ejercicio de este derecho (*l.* 1 § 2, *de mag. com.; l.* 3 *et* 8 *de tut. et cur. dat.*).

Con el mismo requisito y en el mismo sentido se dio a los tenientes de gobernador (*legati proconsulis*) la dación de tutores.

Los magistrados municipales fueron después relevados por Justiniano de la necesidad de ser autorizados por el gobernador, cuando la fortuna del pupilo no excedía de cincuenta sólidos; pero debían proceder con acuerdo del Obispo. Igual facultad se dio al Jurídico de Alejandría.

Los magistrados superiores nombran *ex inquisitione;* los magistrados inferiores exigiendo fianza (*pr. et* § 4, *Inst., de satisd.*).

244. Se da lugar al tutor dativo: 1º Cuando no existe ni testamentario ni legítimo, ni de los que se comprenden bajo estos títulos, como el testamentario que necesita de confirmación, el fiduciario, la madre o abuela.

2º Cuando hay tutor testamentario, pero desde día cierto o bajo condición; dándose entonces el tutor dativo para mientras llega el día o se cumple la condición; porque mientras se espera la tutela testamentaria no puede tener lugar la legítima (*l.* 8 § 2; *l.* 11, *de test. tut.*).

3º Aun cuando el tutor es dado puramente, se da lugar a la tutela dativa para mientras no haya heredero actual *ex testamento;* está por aceptarse la herencia, porque no hay tutela testamentaria sin testamento, ni testamento sin heredero (*l.* 10, *eodem*). Si son muchos los herederos, basta que uno solo acepte, para que cese la tutela dativa. Si el hijo en potestad es instituido heredero, como éste es heredero suyo y necesario, a quien sin necesidad de adición se trasmite *ipso jure* la herencia, desde el momento de la muerte del padre, según la regla *fructus pro aditione est;* desde

ese mismo momento queda confirmada la tutela testamentaria y no tiene lugar la dativa. Lo contrario sucede cuando el padre, instituyendo a un extraño por heredero, deshereda al hijo en potestad, y le da tutor, o cuando ha emancipado al hijo; porque la existencia del tutor testamentario depende entonces de ser aceptada la herencia. Cuando el padre da tutor al emancipado, o la madre a los hijos, o extraños a extraños, y el pupilo es instituido heredero, es necesario que el magistrado dé tutor al pupilo para la sola adición de la herencia (*l.* 9, *de tut. et cur. dat.*); mas este tutor es dado para un solo acto, y no absoluta o simplemente.

4º Cuando se da por tutor el demente o fatuo (*l.* 10 § 3 *de test. tut.*), o el siervo ajeno (*l.* 10 § 4, *eod.*), o el tutor es prisionero de guerra (§ 2 *Inst. h. t.; l.* 1 § 2 *de leg. tut.*).

5º Cuando es excusado o removido de la tutela (*l.* 11 § 1, 2, *de test. tut.*); como si en este caso permaneciese de derecho la tutela, y sólo cesase su administración.

Pero desde que falta de todo punto la esperanza de tutor testamentario, entra a la tutela el legítimo; v. gr.:

Por haberse dado la tutela hasta día cierto y haber llegado ese día.

Por haberse dado la tutela bajo condición suspensiva y haber faltado la condición.

Por haberse dado la tutela bajo condición resolutiva, y haber existido la condición.

Por no aceptarse la herencia y quedar sin efecto el testamento.

Por la muerte del tutor.

Por la deminución de cabeza máxima o media del tutor.

De todo esto se trata con especialidad en el título 21. Por ahora recordaremos que es falso tenga cabida la tutela dativa en los dos últimos casos, como ha creído Heineccio.

Apéndice

No estará de más dar alguna noticia de la antigua tutela, que se prolongaba después de la pubertad sobre las mujeres *sui juris,* y duraba toda su vida; institución peculiar romana, a diferencia de la tutela de los impúberes, que es de derecho natural, porque bajo una forma u otra ha existido y existe en todos los pueblos.

Esta institución era antiquísima, y bastante curiosa; aunque envuelta en oscuridad. Con todo, en el caso de estar deferida a los agnados se le trasluce un objeto: la mujer, aunque púber, no podía manejar la *res mancipii,* ni contraer obligación, ni testar, sin la autorización del tutor, que siendo, por lo regular, el heredero presuntivo, velaba sobre su propio interés, impidiendo lo que pudiera arrebatarle la herencia o menoscabarla. Tal es, según Cayo, el objeto de la tutela legítima de la mujer púber, que, en su tiempo, conservaba todavía el patrono sobre la liberta y el padre sobre la hija emancipada (I, 192) ; y tal era probablemente el objeto de la tutela legítima de los agnados, que Cayo no menciona, porque había sido abolida por el S. C. Claudiano, promulgado el año 797 de Roma, bajo el emperador Claudio, y llamado comúnmente *ley Claudia.* Por lo que toca al tutor testamentario o dativo de la mujer púber, no se divisa para qué sirviese, porque las púberes *sui juris* administraban sus bienes por sí mismas, no interviniendo sino en ciertos casos (*in quibusdam causis*) y como una pura forma (*dicis causa*) la autorización del tutor, que aun era muchas veces compelido por el pretor a prestarla contra su voluntad (*Caj.* I, 190). Los tutores legítimos, al contrario, no podían ser obligados a autorizar las obligaciones y enajenaciones sino con causa grave (*Caj.* I, 192). No parece que el tutor de la mujer púber, fuese legítimo, testamentario o dativo, estuviese sujeto al juicio de tutela (*Ib.* 191) ; sin duda porque no administraba

Por el privilegio concedido a las que tenían tres hijos (*jure trium liberorum*) eximían de toda tutela las ingenuas; las otras, de la tutela atiliana y fiduciaria. ¿Pero de qué modo podía la liberta tener otro tutor que el patrono? Cayo menciona varios; v. gr., si era manumitida por una mujer, o si manumitida por un varón, era éste arrogado, o fallecía sin dejar otro varón en la familia, pues en estos casos debía la mujer pedir tutor, según la ley Atiliana o la Ticia; o si manumitida por varón, la autorizaba éste para hacer coacción, y después era remancipada y manumitida; por cuyo medio adquiría la tutela *fiduciaria* el manumisor; (*Ib.* 194, 195).

Al tutor legítimo y fiduciario se le permitía ceder *in jure* a otra persona la tutela de la mujer púber; la tutela entonces se llamaba *cessitia.* Muerto el tutor *cessitius,* retrovertía la tutela al que la había cedido; muerto éste, cesaba también en el cesionario, y recaía en la persona que debía suceder al difunto; por ejemplo, en el hijo del patrono (*Ib.* 168, 169, 170).

Título XXI

De la autorización del tutor *

250. La autorización debe ser expresa y formal (*l.* 3, *hoc. t.; l.* 1 § 2 *de tut.*).

251. *Deteriorem facere suam conditionem,* no es más que obligarse; *meliorem facere,* obligar a otros. Pero el pupilo puede *deteriorem facere conditionem suam,* para obtener un derecho que sobrepuje a la obligación, o un resultado que definitivamente le aproveche, y esto es lo que debe examinar el tutor para autorizarle.

252. En los contratos bilaterales del pupilo no autori-

* De este título sólo se conserva la redacción con numeración de párrafos. (Comisión Editora. Caracas).

zado, el pupilo obliga al otro contratante y no se obliga para con él. No por esto se entienda que en una venta, por ejemplo, la falta de autorización permita al pupilo exigir el precio sin entregar la mercadería, o exigir la mercadería sin entregar el precio, porque según el derecho natural *aequum est neminem locupletari cum alterius factura* (*l.* 14 *de cond. ind.*). ¿Pero qué se hará cuando el pupilo ha recibido el precio sin entregar la cosa vendida, o al revés, y le perjudica el contrato? Es entonces obligado a la restitución *in quantum locupletior factus est* (*l.* 1, *l.* 5 § 1, *h. t.*).

253. La autorización del tutor es necesaria para la aceptación de toda herencia, sea directa, o fideicomisaria, civil o pretoria, y por lucrosa que parezca. La razón que se da para ello es que el pupilo aceptando se obliga para con los acreedores hereditarios y los legatarios. ¿Mas por qué no habría de aplicarse a este caso la regla de los contratos bilaterales en que el pupilo obliga a otros sin obligarse a sí mismo? Respóndese que los que contratan con un pupilo no autorizado se exponen voluntariamente, y no tienen de qué quejarse si el pupilo no les cumple lo pactado; al paso que los acreedores hereditarios y testamentarios nada han tenido que ver en la aceptación del pupilo. Pero después veremos (en el título *De la calidad y diferencia de los herederos*) que a pesar de esta consideración el menor de veinticinco años puede aceptar una herencia, y hacer que se rescinda esta aceptación, si por ella ha sido perjudicado. ¿Por qué no podría pues observarse lo mismo en el caso del pupilo que acepta sin autorización del tutor?

Aunque el pupilo no autorizado se reputa no tener voluntad ni en pro ni en contra (*nec velle nec nolle creditur, l.* 189, *de reg. jur.*), se le supone, con todo cierta inteligencia, y por eso se le da libertad para mejorar su condición. La regla de la ley citada no abraza pues todos los actos del pupilo, y el jurisconsulto Celso, de quien es tomada, la restringe a los que deben ejecutarse con juicio

y discernimiento (*animi judicio*), en los cuales la autorización es indispensable. Lo es, por tanto, para la aceptación de una herencia; y así es que Paulo declara formalmente (*l.* 9, *de acquir. vel omitt. hered.*) que esta incapacidad del pupilo depende de una falta de discernimiento, que no permite distinguir a los impúberes de los dementes. Hay, con todo, casos en que el pupilo es heredero necesario; mas entonces no es su voluntad, sino la ley, la que le constituye heredero (*l.* 8 *de acquir. vel omitt;* § 3, *Inst. de hered. quae ab int.*).

El acto solemne, llamado *creción,* de que habla Heineccio, era obligatorio a los herederos instituidos con ella. Si el testamento decía: *Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris poterisque; nisi iste creveris, exheres esto.* La creción era entonces *perfecta;* pero si faltaba la última cláusula o en lugar de ella se decía: *si non creveris, tunc Maerius heres esto* se llamaba *imperfecta.* Dividíase también la creción en *vulgar* y *continua;* en aquélla se omitían las palabras *quibus scieris poterisque,* y sólo se contaban los días útiles; en ésta, todos. El plazo era para que el heredero determinara en él si aceptaba o no, y al ejecutar formalmente el acto debía decir el aceptante estas palabras: *Quum me Sempronius heredem instituerit, eam hereditatem adeo cernoque.*

Los herederos instituidos sin creción, [podían] separarlos de la administración; por lo que siempre son subrogados por un tutor dativo (*l.* 11, §§ 1, 2, 3, 4, *de test. tut.; l.* 3, §§ 8, 9 *de leg. tut.*).

En la última de las leyes citadas dice Ulpiano que en el caso de muerte del tutor testamentario, no se da tutor dativo, sino legítimo, *quia hic senatusconsultum cessat.* Por este senadoconsulto se subrogaba pues el tutor dativo al testamentario excusado o removido. No se sabe qué senadoconsulto era éste (Pothier, *Pand. de leg. tut. n.* 13).

Título XXII

[*Modos de acabarse la tutela*] *

. . . .

. . .*decimus in puero definivit pubertatus* [. . .] con otro del mismo, *Somn. Scip., lib.* I, *c.* 6: *Tutelam pueri post bis septem annos absolvi;* otro de Ulpiano, *l.* 2 *de vulg. et pup.*, y otro también de Ulpiano, en que se dice que es permitido al varón hacer testamento después de cumplidos los 14 años, y a la mujer después de los 12 (*l.* 5, *qui test. fac.*).

Mira también Vinnio como sumamente inverosímil que jamás se hubiese observado entre los romanos una práctica tan contraria al pudor como la inspección del cuerpo desnudo, de la cual, por otra parte, no se halla vestigio en los escritores latinos; y que el *habitus corporis* era sólo el aspecto externo de corpulencia y robustez.

Heineccio pretende (en la nota a este número) que llegados a la pubertad, por una constitución de Marco Aurelio Antonino, no recibían los mozos la administración de sus bienes si no se les constituian procuradores. Véase el título que sigue, n. 271.

261. El plazo y la condición pueden ser suspensivos o resolutivos, esto es ponerse para que principie o para que cese la tutela. Si son suspensivos, ponen término a la tutela dativa interinaria (§§ 1 *et* 2, *Inst. de atil. tut.*); si resolutivos, a la tutela testamentaria.

266. En estos dos casos la tutela cesa por la intervención del magistrado, el cual no puede quitar a los tutores testamentarios o legítimos una cualidad que no han recibido de él, y sólo le es dado[1]. . .

. . . .

* De este título sólo existe entre los manuscritos de Bello la mitad de un folio, que transcribimos. (Comisión Editora. Caracas).

1 Se interrumpe el manuscrito al terminar el medio folio. (Comisión Editora. Caracas).

Inhibido de prestar una autorización que sólo un tutor podía dar; por ejemplo, para aceptar una herencia directa o fideicomisaria (*l.* 9, 13, *de tut. et cur. dat.*); para que la mujer diese, o dijese, o prometiese dote, cuando tenía por tutor legítimo un pupilo, un mudo, un loco; o cuando su tutor estaba ausente, no siéndolo el patrono o su hijo, pues no podía pedirse un tutor que subrogase a éstos sino para constituir dote o contraer matrimonio (*Ulp. Reg.* XI, 20 *et sequ.*).

La autorización de tutor fue necesaria al pupilo para obrar *in judicio,* a lo menos hasta la supresión de las acciones de ley (*Caj.* I, 184), en las cuales era de tan estricto rigor la observancia de las formas y palabras legales, que la más leve falta en una de ellas bastaba para perder la causa (*Caj.* IV, 11). Así, cuando se trataba de intentar una acción de ley contra el tutor, era necesario que el pretor nombrase otro para este solo objeto; lo que en tiempo de Ulpiano subsistía *in legitimo judicio,* que era el que se ventilaba en Roma, o dentro de una milla de distancia de aquella ciudad, ante un juzgado universal, entre ciudadanos romanos; y si no se decidía en el término preciso de un año y seis meses, expiraba (*Caj.* IV, 104).

El dar tutor para reemplazar al excusado o removido, era también una excepción a la primera de las dos citadas reglas (*Ulp. Reg.* XI, 23).

Nótese finalmente que en virtud de las disposiciones posteriores de Justiniano apenas pudo haber caso en que fuese necesario el *curador in litem;* porque, según ellas, nadie, excepto la madre, podía ser tutor de un impúber de quien fuese deudor o acreedor (*Nov.* 72, *c.* 1, *l.* 4; *Nov.* 94); y si el crédito o deuda se contraía durante la tutela, se le agregaba un curador para todo el tiempo restante (*Nov.* 72, *c.* 1, 2). Créese que la[1]...

[1] Se interrumpe el manuscrito. (Comisión Editora. Caracas).

TÍTULO XXIII

De los curadores *

Hay dos géneros de curadores. En el primero se prescinde enteramente de la persona, y sólo se constituye al curador para los bienes, cuando algún motivo lo exige; como para los del deudor que se oculta, del heredero que está en el vientre materno, o del dueño que es prisionero del enemigo. De estos curadores se trata en el título de las *Pandectas de cur. bon. dand.* El segundo género es el de aquellos que se dan a determinadas personas, que necesitan de ajeno auxilio, para la administración de sus cosas; las cuales forman el asunto del presente título.

267. Al que tiene tutor puede darse curador. Aunque es una regla de derecho que *tutorem habenti tutor dari non potest* (*§ 5 Inst. de h. t.*), ya hemos visto algunas excepciones a esa regla (*n.* 255)[1]. Es lícito agregar un tutor que cuide del patrimonio que el pupilo tiene en otra provincia (*l.* 8 *et* 39 *de admin. tut.*); se agrega al tutor furioso, mudo o sordo, otro tutor, (*l. pen. de tut.*). Lo mismo al tutor relegado, prisionero, ausente por causa pública (*l.* 12 *et* 15 *eod., l. pen. C. in quibus cas. tut.*). Mas a veces parece que se da en estos casos curador, como en el de enfermedad o locura del tutor (*l.* 10 *§ ult de excus.*); y por la ausencia de todos aquellos que se excusan temporalmente (*l.* 15 *et sequ. de tut. et cur. dat.*). Vinnio juzga que si el impedimento era de corta duración se daba curador. Pero fuera de estos casos, en que el curador se nombra para suplir por el tutor accidentalmente impedido, hay otros en que la curatela tiene por objeto auxiliar al tutor y dirigir sus actos, v. gr., cuando el tutor legítimo no

* De este título sólo se conserva la redacción con numeración de párrafos. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

[1] Se refiere Bello al § 255 que pertenece a la parte perdida del Título 22. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

es idóneo, o cuando el testamentario o dativo no es idóneo, pero no se ha hecho culpable de fraude (§ 5 *Inst. hoc. t.*). Podrá preguntarse por qué hablando de los tutores legítimos no se añade la condición de no administrar fraudulentamente. La razón es porque el parentesco obliga a mirar por la reputación del tutor. Si el testamentario o legítimo comete fraude, no se le agrega curador, sino se le prohibe ingerirse en la tutela, y se nombra tutor dativo.

271. 272. Al principio no se daban curadores en razón de la edad, y es probable que no se distinguían diferentes clases de púberes. El año 536 fue cuando por la ley *Plaetoria,* plebiscito llamado vulgarmente ley *Laetoria,* se separaron los menores de 25 años de las personas que habían cumplido esta edad. La ley tenía por objeto proteger a aquéllos y amenazó con una condenación infamante al que abusase de su inexperiencia tratando con ellos. Más tarde les concedió el derecho pretorio la rescisión de los actos que les hubiesen reportado perjuicio; y en fin Marco Antonino permitió que se les diesen curadores por razón de su edad y sin otro motivo alguno (Du Caurroy al *pr.* de la Instituta, *de curat.*).

Pueden pues los menores recibir curador pero nada les obliga a ello: *inviti curatores non accipiunt, praeterquam in litem* (§ 2, *Inst. h. t.*). No se dan curadores, sino a los que desean tenerlos: *Minoribus desiderantibus curatores dari solent* (*l.* 13 § 3 *de tut. et cur.*) y los piden por sí mismos, si están presentes, o por procurador en caso de ausencia; y ninguna otra persona puede pedirlos para ellos: *Curatores sibi ipsis petent; si quidem ab fuerint, per se ipsos; si ab fuerit aliquis eorum, petet per procuratorem. An autem alius petere curatorem possit minori, quaesitum est. Et Ulpianus ita scribit; non licere alium ei petere, sed ipsum sibi ipsi* (*l.* 2 §§ 4, 5, *qui pet. tut.*). Si el menor ha recibido curador, y no ha obtenido del príncipe dispensa de edad, no le es dado, antes de cumplir los veinticinco años, recobrar la administración de sus bienes: *Hodie in hanc usque aeta-*

tem (viginti quinque annorum) adolescentes curatorum auxilio reguntur; nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quam vis bene rem suam gerentibus (l. 1 § 3 *de minor.;* véase también la ley 2 del mismo título). Tal es, según Vinnio, Voet y Pothier, la cuestión decidida por Ulpiano en las dos leyes últimamente citadas. Cujacio, al contrario, las opone al texto de la *Instituta,* acusando de incuria a su redactor Triboniano; pero, según Du Caurroy, no está demostrado que haya oposición entre los textos: unos hablan de los menores en general; otros, de los menores que han pedido curadores y los han recibido. Heineccio cree que efectivamente no se dan curadores sino a los menores que los deseen y pidan; pero que, según la constitución de Marco, si no los desean y piden, no se les permite administrar libremente sus bienes; arguyendo con la *l.* 34 § 1, *de admin. et peric.: Officium tutorum, curatoribus constitutis, finem accipit.* Pero la doctrina de Heineccio no explica ni el pasaje de la constitución de Diocleciano y Maximiano, en que responden a un menor, que todo pendía de que tuviese curador o no; si lo tenía, el contrato que había celebrado el menor por sí solo era nulo; si no lo tenía, era válido, y el remedio que le restaba era implorar la restitución *in integrum* (*l.* 1 *C. de in integ. rest.*). Vinnio cita otros lugares en que aparecen menores sin curadores, a saber, *l.* 7 § 2 *de minor.; l.* 43 § 3, *de proc.; l.* 7 *C., qui pet. tut.* Heineccio opone que estos ejemplos *ad factum, non ad jus pertinere.* Pero si un mozo puede por sí solo contratar válidamente, como aparece en la constitución de Diocleciano y Maximiano, ¿qué más prueba se necesita de que la ley reconoce la capacidad de los menores para admitrar sin curador?

En lo que no hay duda es en que para ciertos negocios se daban curadores a los menores contra su voluntad, a saber: 1º, para los litigios; 2º, para los pagos que haya de recibir; 3º, para las cuentas que su tutor haya de darle. Si en estos casos el menor no pide curador, puede pedirlo

el adversario, el deudor o el tutor, para asegurar la validez de los procedimientos judiciales, de los pagos y de las cuentas; (§ 2, *Inst. h. t.; l.* 7 § 2, *de minor.; l.* 1 *et* 7, *C. qui pet. tut.*) Por donde se ve que los curadores, a diferencia de los tutores, pueden darse para cosa determinada.

Esta, en el sentido de Vinnio, se puede decir que es una excepción que confirma la regla, *Inviti curatores non accipiunt.*

273. Entre la incapacidad de los locos y la de los pródigos hay esta diferencia, que los locos por el hecho solo de serlo necesitan de curador, y todo lo que hacen por sí es absolutamente nulo; al paso que los pródigos pueden contratar y testar, y no caen en curatela, mientras el pretor no les quita, por un decreto expreso, la administración de sus bienes (*Paul,* Sent. IV, § 6 *et* 7).

Si la curatela de los menores es siempre dativa y termina a la edad de 25 años, la de los locos y pródigos es a veces legítima y principia propiamente a esa edad, porque si reciben antes curador, no es como locos o pródigos sino como menores (*l.* 3 § 1, *de tut., l.* 1 *C. de cur. fur.*).

La curatela legítima, como la tutela de la misma especie, se defería a los agnados; pero, según la ley de las Doce Tablas, sólo en el caso en que el padre de familias hubiese fallecido intestado. Quedaban pues en los demás casos fuera de la ley, y era necesario recurrir al magistrado, el cual daba curadores no sólo a muchos ingenuos que no tenían agnado alguno, o cuyos agnados eran inhábiles para la curatela, sino a todos los desheredados o instituidos en el testamento paterno, y sobre todo a los libertos que no pueden nunca tener padre legítimo ni agnados; por donde se ve que la carga de esta curatela no incumbe al heredero presuntivo, como la de la tutela legítima; y así es que aun teniendo el loco o pródigo algún hijo bajo su potestad, eran llamados a la curatela los agnados excluidos por éste.

Resulta de lo dicho que los locos y pródigos estaban a veces bajo la curatela legítima de los agnados; pero esto era

lo menos común. (Véase Du Caurroy, al § 3 *h. t.*, y Cujacio en las paratitlas al *Cod.* lib. 5, tít. 70). Esta curatela, por otra parte, no es una carga impuesta al heredero presuntivo del loco o pródigo, puesto que uno y otro pueden tener hijos que excluyan a los agnados de la herencia: (*l.* 8, *de his qui sui*). De aquí es que relativamente a la curatela de los libertos no se ha extendido al patrono lo que la ley de las Doce Tablas había dicho de los agnados.

La ley de las Doce Tablas defería a los agnados la curatela de los ingenuos, locos o pródigos que fuesen herederos legítimos de un padre intestado.

273 [1]. *Corporis vitium.* De los sordos y mudos se habla expresamente en la *l.* 8 § 2 *de tut. et cur. dat.;* de los mismos y de todos aquellos *qui perpetuo morbo laborant,* las *Inst.* § 4 *de curat.;* de todos los [que] física o moralmente son incapaces de administrar por sí, la *l.* 12 *eod.* De los ciegos no se hace mención, porque, si no tienen otro impedimento, pueden cuidar de lo suyo.

Título XXIV

De la fianza de los tutores y curadores *

Esta fianza es de tal modo necesaria, cuando la ley la pide, que ningún acto de los tutores y curadores valdría sin ella (*l.* 3 *et* 5 *C. de tut. et cur. qui. tut.*). Ni es ésta la sola precaución que la ley ha querido tomar para la seguridad de los bienes del pupilo. 1º, Los tutores, si hay muchos, son responsables *in solidum,* a menos que se dé la administración a uno sólo o se divida; pues entonces, por un principio de equidad, no es condenado el tutor, sino relativamente a lo que hubiese administrado; a menos que se des-

[1] Bello repite el número del párrafo 273. (Comisión Editora. Caracas).

* De este título sólo se conserva la redacción con numeración de párrafos. (Comisión Editora. Caracas).

cubra en éste causa bastante para removerle como sospechoso, y se pruebe negligencia en los otros. El tutor debe hacer inventario antes de administrar (*l. 7 de admin. et per.; l. ult.* § 1 *C. arbitr. tut.*). 2º, Justiniano dispuso que todo tutor prestase caución juratoria de administrar fielmente (*Nov. 78, c. ult.*). 3º, Los bienes del tutor son tácitamente obligados al pupilo (*l.* 20 *C. de admin. tut.*). 4º, El tutor no puede autorizar la enajenación de los bienes raíces del pupilo sin conocimiento y decreto del juez (*l.* 22 *C. eod.*). 5º, La responsabilidad de los tutores abraza no solamente lo que hicieron en daño del pupilo, sino lo que, pudiendo, no hicieron en beneficio de éste (*l.* 20 *C. de admin. tut.*). 6º, El pupilo goza del beneficio de la restitución *in integrum,* de que después hablaremos.

Obsérvese que lo que se dice de los tutores en las leyes, se aplica generalmente a los curadores, y no sólo a los curadores de los menores de 25 años, sino de los locos, pródigos, etc.

Volviendo a la fianza, que es la garantía de que en este título se trata, hay de singular en ella que los fiadores del tutor carecen del beneficio de división de que gozan generalmente los fiadores. Sin embargo, si son muchos los tutores, es divisible entre los fiadores la responsabilidad *ex causa persona tutorum* (*l.* 51, *de admin. et peric.*); porque, si así es, son éstos subsidiariamente obligados, como que les incumbe examinar la conducta del administrador y pedirle cuentas (*l.* 3 § 2, *de adm. tut.*). Por otra parte, no sólo se les niega el beneficio de división, sino contra el pupilo solo; contra cualquier otro que intente acción contra ellos, por consecuencia de la fianza, lo tienen (*l.* 12, *rem. pup. salv.*). Asimismo, cuando terminada la tutela piden los fiadores al mozo que demande al tutor, e interviene estipulación de que si no está solvente el tutor, pagarán lo que falte, se divide el residuo entre los fiadores solventes (*l.* 7, *de fidej. et nomin.,* y la *Pand.* de Pothier, *Rem. pup. vel. adol. salv., n.* 7).

281. Gozan de la misma exención los curadores nombrados por deseos del padre, y confirmados por el magistrado, los cuales se asemejan en todo a los tutores nombrados del mismo modo (*l.* 3, *de conf. tut.; l.* 27 *de episco. aud.*; *l. ult.* § 5, *de curat. furios.*); mas no gozan de ella los curadores, como ni los tutores, elegidos por otra persona que el padre de familia (*l.* 5, *de conf. tut.*).

Son también exceptuados de la fianza los curadores dativos nombrados *ex inquisitione* por los magistrados superiores, no los nombrados por los magistrados menores (*pr. Inst. de sat. tut.; l.* 13 § 2, *de tut. et cur. dat.; l.* 5 *de conf. tut.*).

282. *Praeter patronos patronorumque liberos.* Son dispensados de la fianza por el pretor con conocimiento de causa (*l.* 5 § 1, *de leg. tut.; l.* 13 § 1, *de tut. et cur. dat.*). Lo que, según Vinnio, debe extenderse, aun con mayor razón, al padre de familia manumisor.

Las reglas dadas para la elección de un tutor entre muchos, no tienen cabida sino cuando se trata de conferir a uno o pocos la administración; porque si todos quieren administrar, o si la tutela es susceptible de división, debe oírseles, para no sujetarlos contra su voluntad al peligro de la gestión ajena (*l.* 3, § *pen. et ult. cum leg. sequ. de admin. tut.*). Aun cuando todos estén prontos a prestar fianza, puede el Pretor elegir (*l.* 17 *et* 18, *de testam. tut.*). Ni pueden los tutores honorarios exigir fianza a su cotutor onerario, sino ofreciéndole hacerse cargo de la administración y prestar fianza, y aun así la elección entre estas dos alternativas pertenece al tutor onerario. Por otra parte, ni siempre se está al juicio del testador; por ejemplo, cuando el testador procedió en la elección de tutor inconsideradamente, o en virtud de un errado concepto de las costumbres o facultades del nombrado, o cuando en unas u otras ha sobrevenido una gran mutación, que le hace menos idóneo (*l.* 3 § 3, *de admin. tut.*). Ni se prefiere al que ofrece fianza, si es persona sospechosa o vil, o ya se ha portado mal

en el ejercicio de la tutela. Y aun a veces conviene que lleve la preferencia el que no presenta fiador, si es persona de toda confianza. Dos cosas hay pues de que debe conocer el magistrado: qué persona se ofrece prestando fiador abonado, y qué grado de confianza merezcan los cotutores (*l.* 17, §§ 1, 2, *de testam. tut.*).

Aunque estas reglas se refieren particularmente a los tutores testamentarios, se extienden a los tutores y curadores que se dan con inquisición o pesquisa (§ 1, *Inst. h. t.; l.* 3 § 7, *de admin. tut.*).

Al que debiendo prestar fianza no la prestara, se le toman prendas; y si esta providencia no basta, se le trata como sospechoso (*l.* 3 *C. de susp. tut.*).

285. La acción se dirige en primer lugar contra los tutores y sus herederos; y habiendo muchos tutores contra el que administró y sus herederos, y subsidiariamente contra los otros. Si muchos administraron, podrá reconvenirse uno de ellos *in solidum;* mas en tal caso el elegido tendrá el beneficio de división, por el cual se divide la acción entre los solventes (*l.* 1 § 11, *de tut. et ration.*); y el beneficio *cedendarum actionum,* por el cual es obligado el mozo a ceder al demandado las que tenga contra los otros tutores (*l.* 2 *C. de divid. tut.*); y en fin, el beneficio de la acción útil *cedendarum actionum,* en virtud del cual, el tutor, si en algo ha sido condenado por el hecho ajeno o común, y no le ha cedido el mozo sus acciones, se las da el pretor (*l.* 1 § 13, *de tut. et ration.*). Si ninguno administró, sólo tiene lugar el primero de los referidos beneficios; (*l.* 38 *de admin. tut.*). Finalmente, después del recurso a los fiadores y sus herederos, hay lugar a la acción subsidiaria contra los magistrados menores, que descuidaron exigir fianza, o no tuvieron el debido cuidado en la aceptación del fiador (*l.* 46 § *pen. de adm. tut.; l.* 4 *C. de mag. conv.*); mas interviniendo fianza, aunque no idónea, se exenten los bienes del fiador, antes de reconvenir al magistrado.

A veces se demanda al magistrado, antes que a los cotutores; es a saber, cuando nada puede imputarse a éstos (*l.* 5 § 15, *de tut. et ration; l.* 14, *de admin. tut.; l.* 2, 3, *de mag. conv.*).

Los magistrados son responsables hasta de la culpa leve; pero a sus herederos no se trasmite otra responsabilidad que la del dolo o culpa grave.

El último § de la Instituta parece eximir de esta acción a *todo* magistrado que tiene la facultad de nombrar tutores; *cui tutores dandi jus est;* lo que parecería dispensar de ella a los magistrados menores, cuando el que acepta la fianza es el mismo que nombra el tutor; pero el texto habla conocidamente de los magistrados mayores, suponiendo en ellos una facultad plena y libre (*Vinn. h. t.*).

Obsérvese que los pretores y presidentes no carecen del derecho de exigir fianza a los pretores que nombran (*l.* 2 *et* 3, *rem. pup. salv.*); pero no se encuentra que estuviesen jamás sujetos a la acción subsidiaria (*Vinn. ad* § *ult. Inst. h. t.*).

Título XXV

De las excusas de los tutores y curadores *

Todo ciudadano debe llenar, aun en perjuicio de su interés particular, los cargos que se llaman *públicos*, porque se han establecido en bien común, o porque nadie puede eximirse de ellos, sino por un motivo legal (*l.* 239 § 3, *de verb. sign.*). La tutela y la curatela son cargos públicos, (*pr. Inst. h. t.*); pero sólo en este segundo sentido; y de aquí es que Modestino niega semejante carácter a la primera (*l.* 6 § 5, *h. t.*). Mas aunque como cargos públicos se ejercen gratuitamente, no imponen sacrificio alguno pecuniario; y cuando ocasionan gastos, tiene el tutor o curador una acción para

* De este título sólo se conserva la redacción con numeración de párrafos. (Comisión Editora. Caracas).

hacerse pagar, no su diligencia y trabajo, sino el dinero invertido. Se trata de ella en el título de las obligaciones que nacen de cuasi-contrato.

288. Se puede renunciar una excusa voluntaria; pero renunciada una vez, sea expresamente, prometiendo al padre de familia ejercer la tutela de sus hijos (§ 9 *Inst. h. t.*), sea tácitamente, haciendo funciones de tutor (*l.* 2 *C. si tut. vel cur.*), sea dejando pasar el tiempo prescrito para alegarla (*l.* 13 § 1, *h. t.*), no puede ya hacer uso de ella.

Estrictamente la excusa debe ser relativa a la tutela toda, y no a una parte; pero así como la administración puede en ciertos casos dividirse, se puede también alegar excusa para no admitir una parte determinada de la tutela; por ejemplo, cuando los bienes están en diversas provincias (*l.* 19, *l.* 21 § 2, *h. t.*).

De las excusas las unas son voluntarias y renunciables, que constituyen la primera de las clases de Heineccio, las otras necesarias y prohibitivas, que constituyen la segunda; unas son comunes a la tutela y a la curatela; otras peculiares de ésta; unas eximen para siempre, otras por cierto tiempo; unas permiten no tomar la gestión, otras deponer una administración principiada; unas, que el juez no puede dispensarse de admitir, como las fundadas en el número de hijos o en la edad, otras que puede admitir o rechazar según las circunstancias como las de pobreza, enemistad, o enfermedad.

Las excusas voluntarias se miran como renunciadas por la promesa hecha al padre de servir la tutela (*l.* 15 § 1, *h. t.*; *l.* 29, *de test. tut.*).

289. Los romanos promulgaron varias leyes con el objeto de favorecer al matrimonio y a la población, y corregir así los males producidos por las guerras civiles y la extremada corrupción de las costumbres. Las más célebres de estas leyes son la Julia, *de maritandis ordinibus*, que pasó el año 757 de Roma, después de una tenaz resistencia, y la *Papia Poppea* (llamada así por los cónsules M. Papio Mútilo

y Quinto Poppeo, que la propusieron al pueblo el año de 763). Fue necesario todo el poder de Augusto para que pasasen estas leyes. Véase *Hein. Antiquit., h. t.,* y su Comentario a la ley Papia Poppea.

El número de los hijos excusaba de los cargos públicos personales; no de los patrimoniales, que recaen sobre los bienes (*l.* 2 § 1 *et* § 4, *l.* 10 *et sequ., de vac. mun.*); a no ser que haya hasta dieciséis hijos (*l.* 5 § 2, *de jure immun.*), o a lo menos doce (*l.* 24 *C., de dem.,* donde cree Cujacio que debe sustituirse XVI a XII).

Romae tres, in Italia quatuor. Vestigio de las antiguas diferencias entre Roma, Italia y las provincias.

La moral pública pide la calidad de legítimos; y como el privilegio fue concedido por la ley Papia Poppea para favorecer a la población, no aprovechan los hijos adoptivos, sino a su padre natural; ni los nietos por línea masculina, mientras viva el hijo, porque aprovechan a éste; ni los nietos por línea femenina, porque excusan a sus ascendientes paternos.

Los meramente concebidos se consideran nacidos; pero esta ficción vale solamente en el interés del hijo, no de otra persona alguna (*l.* 7, *de stat. hom.*).

Los premuertos ni embarazan al padre, ni son de provecho a la república.

Bello amissi. En batalla, en función de guerra, con las armas en la mano; no meramente con ocasión de la guerra (*l.* 18, *h. t.*).

290. *Res fisci* es el patrimonio del príncipe; *aerarium* el erario público, que bajo los últimos emperadores se confundió con el fisco propiamente dicho (Du Caurroy, *ad* § 1 *Inst. h. t.*). El privilegio es temporal, mientras dura el impedimento (*d.* § 1).

291. Esta excusa es perpetua para las tutelas deferidas durante el impedimento y un año después; y para las ya aceptadas, [es] temporal por sólo el tiempo del impedimento y sin el año de vacación. A los ausentes en comisión de un municipio no se da este año, según Vinnio, *ad* § 2, *Inst.*

h. t. Se da curador para suplir por el tutor ausente que después de su vuelta ha de encargarse de la tutela (§ 2 *Inst. h. t.*).

292. *Magistratus.* No se concede esta excusa a las tutelas anteriormente aceptadas, cuya administración no pueda dejar, ni aun durante la magistratura. Ni respecto de las nuevas tutelas se extiende la excusa más allá del tiempo en que la magistratura se ejerce (§ 2 *Inst. h. t.; l.* 17 § 5, *h. t.*). Pero la excepción abraza aun a los magistrados inferiores, según parece por la *l.* 6 § 16, y la 17 § 5, *h. t.;* y sin embargo no gozan de ella los ediles (*l.* 17 § 4, *l.* 15 § 12, *h. t.*).

Intra numerum. A cada ciudad se concede cierto número de excepciones para cada profesión liberal (*l.* 6 § 2, *l.* 7 *et* 9, *h. t.*).

Vinnio observa que no se concede este privilegio a los poetas (*l.* 3 *C. de profess. et med.*). Tampoco a los que enseñan el derecho fuera de Roma, por la *l.* 6 § 12, *h. t.;* mas la constitución de Constantino (*l.* 6, *C. de profess. et med.*) lo hizo extensivo a todos los profesores de jurisprudencia.

In patria. Debe cada uno enseñar en la suya. Roma es la patria común (*l.* 6 § 11, *h. t.*). Constantinopla gozó de los mismos privilegios que Roma.

293. *Tria onera tutelae.* Bajo el nombre de tutelas se comprenden aquí, por supuesto, las curadurías (§ 5, *Inst., h. t.*).

In una domo. Valen las del padre al hijo bajo su potestad y recíprocamente, y al hermano las del hermano, estando ambos bajo la potestad del mismo padre. Lo que se entiende, si el padre es responsable; por lo que si administra el hijo sin voluntad del padre, no se le cuenta a éste la tutela ejercida por el hijo (*l.* 5, *de excusat.*). Ni se cuenta el número de los pupilos, sino el de los patrimonios o administraciones distintas; y así, tres hermanos cuyo patrimonio está indiviso, forman una tutela o curatela (*l.* 3, *l.* 31 § *ult. h. t.*),

y esto mismo se extiende a los parientes y extraños en el caso de indivisión (*d.* § *ult.*).

Affectatae; solicitadas; ya por esperanza de lucro, ya para eludir la ley, tomando tutelas en que hay poco o nada que administrar, para que sirvan de excusa.

El embarazo de otras tutelas no excusa sino mientras duran; por lo que, si el nuevo pupilo o alguno de los anteriores está ya cercano a la pubertad, no se admite la excusa.

No se cuentan por tutelas las fianzas que los tutores prestan, ni la responsabilidad de los magistrados menores, ni las tutelas honorarias (*l.* 25 § 9 *h. t.*), sin embargo de la responsabilidad a que están afectas. Pero el que, no administrando una tutela, permanece directamente responsable, se le cuenta esta tutela (*l.* 31, *in fine pr. h. t.; l.* 60 § 3, *de ritu, nupt.*).

Paupertas. La pobreza en sí misma no inhabilita para la tutela (§ 12, *Inst. de susp. tut.*). Pero no sería justo imponerla al que subsiste de su trabajo, y apenas tiene lo necesario para vivir (§ 6 *Inst. h. t.; l.* 7 y *l.* 40 § 1 *h. t.*).

Morbus. Excusa para siempre o temporalmente, según la naturaleza de la enfermedad (*l.* 12 *h. t.*).

294. *Inimicitias capitales:* las que se dirigen contra la vida, libertad u honor (*arg. l.* 103, *de verb. sign.*).

Cum patre pupilli. O con el mismo pupilo o mozo (*l.* 3 § 12, *de susp. cur.*).

Pero es preciso ver si ha intervenido reconciliación; sea manifiestamente por la renovación de la amistad y buena harmonía, sea tácitamente, nombrándose tutor al enemigo (*l.* 6 § 17 *h. t.;* § 11, *Inst. h. t.*); a menos que aparezca que en ese nombramiento se tuvo por objeto causar molestia al tutor, envolviéndole en litigios y responsabilidades (*d. l.* 6 § 17; § 9 *Inst. h. t.; l.* 15 § 14, *h. t.*).

Si el ofensor ha sido el padre, el nombramiento hecho por éste no es prueba suficiente de reconciliación, porque en tal caso el derecho de perdonar pertenece al tutor (*arg.* § 12 *Inst. eod.*).

Nótese que la excusa de enemistad colocada por Heineccio entre las voluntarias, pertenece realmente a las necesarias, pues cuando los tutores o curadores no la alegan, son removidos contra su voluntad (*l.* 3 § 12 *de susp. tut.*).

Nótese también que un litigio suscitado por el padre contra una persona, reclamándola como esclavo suyo, la excusaría de la tutela (§ 12 *Inst. h. t.*; *l.* 14 *de bon. libert.*). Goza de la misma excusa el que llevase un litigio semejante contra el pupilo, con tal que lo haga de buena fe, y no para pretextar esta causa (*l.* 6 § 18, *h. t.*). Heineccio extiende la *status controversiam* a la calidad de ciudadano, o de hijo de familia (*Not. ad Vinn.* § 12, *Inst. h. t.*).

Obsérvese en fin que la excusa concedida en ciertos casos a la enemistad, no se extiende a la mera circunstancia de no haber sido conocido el tutor por el testador (§ 10, *Inst. h. t.*).

295. Los locos, sordos y mudos no pueden ser nombrados por el magistrado (*l.* 1 § 2 *et* 3, *de tut.*). Si vienen como legítimos a la tutela, no administran (*Ulp. Reg.* XI, 21, 22).

Minorennibus. El menor puede ser nombrado tutor en testamento, y el nombramiento es entonces condicional. Por consiguiente, si el pupilo hubiese de llegar a la pubertad antes que el tutor a la edad mayor, la condición sería imposible, el nombramiento ilegal y nulo. Los legítimos que no tienen 25 años, no administraban, y mientras llegaban a la edad, se nombraba un curador para la administración (*l.* 10 § 7, *de excus.*) ¿Pero qué, si no podían llegar a la edad de 25 años cumplidos, antes que el pupilo a la pubertad? Eran excluidos, y si todos los de próximo grado eran menores, se pasaba al grado inmediato (*arg. d. l.* 10 § 7). En fin, como los magistrados no podían nombrar *ex die* o *sub conditione*, el menor era absolutamente incapaz de la tutela dativa.

Justiniano en su constitución (*l. ult. C. de leg. tut.*) no

innovó nada acerca de la tutela testamentaria; lo que hizo fue hacer absolutamente incapaces de la legítima, como de la dativa, a los menores de 25 años. Véase *Vinn. ad* § 13, *Inst. h. t.*

Militia. Constituye incapacidad absoluta. En cuanto a las inmunidades de los que han salido del servicio, puede verse la *l.* 8, *h. t.*, que es un prolijo reglamento sobre esta materia.

Matrimonium. Constituye incapacidad absoluta, y por tanto impide al marido la curatela, aunque se haya ingerido en la administración (§ 19 *Inst. h. t.*).

298. *Una et simul.* No es tan terminante la *l.* 15 § 8 *h. t.*: *Scire autem oportet, non sufficere, si accedat ad judicem, sed oportere etiam de specie remissionis testari, et si multa habeat jura quae ad remissionem faciunt, omnia nominare; si minus, similem esse ei qui nequaquam accessit, aut accessit quidem, justam autem remissionis causam non nominavit.* Dice aquí Modestino, que el que cree tener muchos motivos de excusa, debe expresarlos todos; porque el que omite uno, es, en cuanto a éste, como si no hubiese expresado motivo; nada de alegarlos todos juntamente en una sola vez. Si se objeta que el sentido común sugería de suyo esa regla, y que no es creíble se haya querido declarar en la cláusula *et si multa* una cosa tan obvia, contestamos que no es menos obvia la primera cláusula *non sufficere*, no basta presentarse al juez, si no se expresa un motivo específico de excusa: ¿por ventura podía nadie imaginar que la sola presentación, sin articular excusa alguna, bastare? ¿Y qué diremos del texto de la *Inst.* § 16 *h. t.* (que concuerda con la *l.* 21 § 1 *h. t.*): *Si plures habeat excusationes, et de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora constituta non prohibetur?* El sentido más natural que ofrece este pasaje pugna con el que Vinnio y Heineccio dan a Modestino en la citada ley 13; *non probaverit* dice cosa pasada respecto de *aliis uti;* y el *intra tempora constituta*

sería de otro modo ocioso; esta expresión parece añadirse con el objeto de que, si alegada y no aceptada una excusa, se recurre a otra, no por eso haya de ampliarse el término que se concede para alegarlas y probarlas todas. Así la glosa.

En la misma ley 13 § 10 se lee: *Oportet tamen una testari ante tribunal,* pero se añade inmediatamente, *vel aliter in submemorationibus*", esto es, según Cujacio, *apud acta.*

Continuos. A diferencia de los útiles, en que no se cuentan los días *quibus experiendi juris sui potestas non est.*

Se cuentan los días *non ex quo dati sunt, sed ex quo cognoverint se dato esse;* (*l.* 13 § 6, *de excusat.*; *l.* 6 *C. eod.*). Así el tiempo que el tutor deja pasar sin hacer uso de su excepción, es de su cuenta y riesgo; *l.* 1 § 1, *de admin. tut.*; salvo que prueben un impedimento gravísimo para no haber comparecido en tiempo (*propter aegritudinem, necessitatem maris, vel hiemis, incursus latronum, vel aliam quam similem; l.* 15 § 7, *de excusat.*). Con respecto al tutor o curador que necesita de confirmación, corre el tiempo desde que lo sabe (*l.* 16, *eodem*).

Danse cuatro meses continuos para discutir y terminar la materia de las excusas (*l.* 38 *eod.*); que también se computan, según Vinnio, desde el día que se tuvo noticia del nombramiento (*ad* § 16 *Inst. eod.*). Los cincuenta días son meramente para decir y proponer las excusas.

Nótese, en fin, que el decreto de absolución obtenido por falsas alegaciones es nulo, y no exime de la responsabilidad de la tutela (*l.* 1 *et l. ult. C. si tut. fals. alleg.*); excepción a la regla general según la cual la sentencia obtenida sobre motivos falsos no es *ipso jure nula,* y así todo lo que concede el derecho en tal caso, cuando no puede apelarse, es la restitución (*l.* 13 *de re judic.; tot. tit. C. si ex falsis instrum.*).

Título XXVI

De los tutores o curadores sospechosos *

La acusación del tutor sospechoso viene de la ley de las Doce Tablas (*pr. Inst. h. t.; l.* 1 § 2, *eod.*).

302. *Crimen* es aquí sinónimo de *accusatio* o, juicio criminal; como en varios pasajes de Cicerón y de otros escritores clásicos. Y aun ésta parece haber sido la significación primitiva de la palabra.

303. *Nec publica.* No lo es por su objeto, porque no se persigue con ella una injuria hecha a la república (como las que atacan la vida y seguridad personal) sino una injuria hecha al pupilo en materias pecuniarias, y por eso se ventila en juicio privado ante el magistrado que tiene jurisdicción propia o delegada, no ante los que conocen de delitos *públicos,* como el prefecto de la ciudad. El que intenta una acusación *pública* debe suscribirla (*l.* 1 § 1, *de accus.*), y desistiendo de ella, incurre en la pena del Senadoconsulto Turpiliano (dictado bajo los cónsules Petronio Turpiliano y Cesonio Peto el año de Roma 814), el cual multaba a los tergiversantes en cinco libras de oro, y les prohibía acusar en adelante. Faltaba este carácter al *crimen suspecti,* acusación que sólo tenía de público el concederse a todos; a que se agrega que el magistrado podía conocer en ella de oficio, sin que nadie acusase.

Merum imperium. Al poder de los magistrados pertenece la *jurisdicción* y el *imperio.* La primera consiste en el conocimiento y declaración del derecho. Regularmente compete al magistrado que tiene jurisdicción, dar jueces para la investigación de los hechos. Lo que pasa ante él procede *in jure;* lo que ante los jueces dados por él, *in judicio.*

* De este título sólo se conserva la redacción con numeración de párrafos. (Comisión Editora. Caracas).

El imperio es la potestad armada, y por excelencia se le da el nombre de potestad. Divídese en *mero* y *mixto*. El *mero* imperio es la potestad de la espada, conferida por ley especial para castigar a los facinerosos (*l.* 3, *de jurisdictione; l.* 1 *de offic. ejus. cui mand. jur.*). El *mixto* es la moderada fuerza coercitiva, que acompaña a la jurisdicción (*l.* 1 § *ult., l. ult.* § 1, *de off. ejus cui mand. jur.*).

Mandatum. El conocimiento en esta materia compete a los magistrados superiores en virtud de la jurisdicción que ejercen, y por consiguiente pueden delegarlo; a diferencia de la facultad de nombrar tutores, que se les ha conferido por ley especial, y es, consiguientemente, indelegable.

Además de los pretores y presidentes conocían en estas causas los *legati proconsulis,* autoridades provinciales que ejercían jurisdicción delegada y representaban en todo género de materias a la autoridad superior. Conocían pues en el *crimen suspecti,* como por una especie de delegación general, que era la consecuencia de la jurisdicción cometida a ellos por el magistrado superior, de quien era propia. Véase *Vinn. ad* § 1. *Inst. h. t.*

306. *Suspecti.* El que comete fraude, y el que administra sin el debido cuidado, aunque sea rico u haya dado o se preste a dar fianza; (*l.* 3 § *ult.; l.* 5 *et* 6 *h. t.; l.* 5 *C. eod.;* § *ult. Inst. eod.*).

Hay lugar a la acusación aun antes de entrar el tutor en ejercicio; v. gr., si no presta la fianza a que es obligado (*l.* 1 *et* 3 *C. de tut. qui sat. non ded.*), o si persiste obstinadamente en no administrar (*l.* 3 *C. h. t.*), o por desidia o descuido no administra, o dolosamente procura causa para no ejercer la tutela (*l.* 4 § *ult. eod.*), o en general da un justo motivo para removerlo. Las malas costumbres del tutor son por sí solas justo motivo (§ *ult. Inst. h. t.*).

Si el tutor alega que no puede el magistrado señalar alimentos porque el pupilo carece de bienes, y esta alegación es falsa, o si se ha valido de sobornos para adquirir la tutela, se le remite al magistrado que ejerce el mero imperio

para que le castigue (§ 10, *Inst. h. t.; l.* 3 § 15, *eod.*). La *Instituta* dice que *remittitur qui data pecunia ministerium tutelae acquisierit, vel redemerit,* el que dio dinero para adquirir o redimir la tutela. ¿Pero qué es redimir la tutela? Si es comprarla, bastaba haber dicho *data pecunia acquisierit,* expresión que no necesitaba explicarse. ¿Se toma aquí *redimere* en el sentido de comprar la exención, como *redimere orbis terrarum perturbationem a republica* (Cicer. 2 *Famil.* 16), *redimere culpam* (Cic. 10 *Famil.* 8), *crudelitatem redimere* (Plin. *Paneg. Traj.* 28)? El pasaje interpretado así no tendría nada que no fuese razonable y justo, y a la verdad emplear el soborno para descargarse de una tutela que hay obligación de servir no es un delito menos grave que valerse de los mismos medios para obtenerla. Pero tenemos en contra la citada *l.* 3 § 15, que fue sin duda la que tuvo presente en este lugar el redactor de la *Instituta.* En aquella ley dice Ulpiano que *Nihil interest id agere quemquam ut corrupta fide inquisitionis tutor constituatur, an bona fide constitutum velut praedonem bonis alienis incumbere.* Y de aquí deduce que en este segundo caso debe también ir el culpable al prefecto de la ciudad para que se le inflija la misma pena con que suelen ser castigados los que corrompiendo a los agentes subalternos del pretor *tutelam redemerunt;* expresión que por el contexto no puede significar otra cosa que comprar la tutela. Esto indujo a Cujacio a corregir el texto de la Instituta leyendo, *qui data pecunia ministeris, tutelam redemerit,* adoptando las palabras de la ley 3.

El liberto que administre fraudulentamente la tutela de los hijos o nietos de su patrono, se halla también en el caso de ser remitido al Prefecto (§ 11, *Inst. h. t.*).

Se entiende por dolo la intención de dañar (*l.* 1 § 2 *de dolo*). Culpa es todo hecho en que injustamente se daña a

otro, pero sin intención o propósito; y aunque a veces comprende el dolo (*l.* 5 § 1 *cum. l.* 30 § *pen. ad leg. Aquil.*), en un sentido especial significa sólo negligencia o descuido. Distínguense vulgarmente tres grados. Es culpa *lata* la que consiste en omitir aquella previsión o cuidado de que todo hombre que tiene sentido común es capaz (*l.* 213 § *ult. et l.* 223 *de veb. signif.*; *l.* 32, *depos.*; *l.* 9 § 2, *de jur. et fact.*) y se llama también *próxima al dolo* (*l.* 8 § 3, *de prec.*; *l.* 8 *de edend.*; *l.* 1 § 2, *si is qui test. lib.*). La culpa *leve* consiste en omitir la diligencia que los hombres de buena conducta emplean en sus propios negocios [1].

APÉNDICE

De las personas jurídicas

Hasta aquí de las personas naturales. En este apéndice diremos algo de las personas *morales o jurídicas.*

Unas son meramente políticas, o pertenecientes al derecho público, v. gr. el Senado; otras pertenecen al derecho privado, en que figuran como verdaderos propietarios o usufructuarios, contratan, suceden por causa de muerte, demandan y son demandadas; y a éstas es a las que nos referimos ahora. Algunas pueden considerarse como mixtas, v. gr. la república, las curias o municipalidades; y serán sólo miradas bajo el aspecto del derecho privado.

De las personas jurídicas las unas existen necesariamente, como la nación, las ciudades y pueblos; las otras tienen sólo una existencia accidental y contingente, que se debe a la voluntad de uno o más individuos, como los hospitales, cofradías, etc.

Las personas jurídicas son a veces constituidas por cierto conjunto de personas reales, y se llaman *corporaciones.* A ve-

[1] Aquí se interrumpe el manuscrito. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

ces carecen de apariencia visible, y su existencia es enteramente ideal, como son las que se conocen con el nombre de fundaciones, establecimientos de beneficencia, obras pías, etc. En las corporaciones no reposa el derecho sobre los individuos separadamente considerados, sino sobre un ser colectivo ideal, que subsiste uno mismo no obstante la mudanza parcial o aun total de sus miembros (*l.* 7 § 2, *quod ag. uno, cum l.* 76, *de judic.*). En las fundaciones el sujeto del derecho no son tampoco las personas a quienes resulta el beneficio, las cuales no tienen parte alguna directa ni indirecta en la administración de los bienes.

Las principales clases de personas jurídicas reconocidas en el derecho romano son las que ponemos en seguida, principiando por las corporaciones.

1. Ciudades. Eran consideradas como verdaderos estados dependientes de Roma, y aun algunas de ellas, los municipios, habían gozado largo tiempo de una verdadera independencia, que perdieron más tarde. Los jurisconsultos designan estas corporaciones con los títulos: *civitas, municipes* y *municipium* (denominaciones igualmente colectivas, sin embargo de que este sentido parezca más propio de la segunda, que es la menos usada); *respublica,* que durante la constitución libre significaba sólo la república romana, pero en los jurisconsultos clásicos designa de ordinario una ciudad o Estado dependiente; *Curia* o *Decuriones,* que además de significar la ciudad misma que administran y representan, figuran como corporación particular que tiene bienes peculiares distintos de los de la ciudad (*l.* 7 § 2 *quod cuj. un.; l.* 2, *C., de praed. decur.*).

2. *Vici,* aldeas. Pertenecían siempre al territorio de una ciudad, pero son a veces personas jurídicas distintas, capaces de poseer y de litigar (*l.* 73 § 1, *de legat.* 1; *l.* 2, *C., de jures. propter cal.*). Lo mismo se aplica a los Fora, *conciliabula, castella,* que estaban también comprendidos en el territorio de una ciudad, y tenían derechos de corporación (Paul. IV, 6 § 2).

3. Provincias enteras (*Cod. Theod.* II, tít. 12).

4. Sociedades religiosas, como las vestales, los colegios de sacerdotes, o de templos. Podían poseer y litigar (*l.* 38 § 6, *de leg.* 3).

5. Sociedades de funcionarios. Era muy notable la de los escribas, que empleados en todos los departamentos del servicio público, ejercitaban para con los particulares funciones análogas a las de nuestros notarios y escribanos. Tenían diferentes nombres derivados de sus diversos oficios, como *librarii, fiscales, censuales;* se dividían en *decurias* (palabra que significa propiamente un cuerpo colegiado de diez personas; y también de cualquier número de miembros); y de aquí el título de *decuriati* o *decuriales,* dado más tarde a los escribas.

6. Asociaciones industriales, como las antiguas de artesanos, que subsistieron siempre, y de las cuales hubo algunas que gozaron de privilegios particulares; por ejemplo, la de los herreros o artesanos de fragua (*fabri*), que, no siendo ricos, estaban exentos de tutelas (excepto las de sus colegas) y gozaban de otras inmunidades (*l.* 17 § 2, *de excus.; l.* 5 § 2, *de jur. immun.*). Con el trascurso del tiempo se fundaron nuevas corporaciones de esta especie, como la de los panaderos de Roma, y la de los barqueros de aquella capital y de las provincias (*l.* 1 *pr. quod. cuj. univ.; l.* 5 § 13, *de jur. immun.*). La semejanza de intereses era la base de la asociación; pero cada miembro trabajaba para sí.

7. Sociedades de industria (*Societates*); v. gr. para el laboreo de minas, para las salinas, para la recaudación de impuestos (*l.* 1 *pr., quod. cuj. univ.; l.* 59 *pr., pro. soc.*), No se deben confundir con las meras compañías de comercio, que se llamaban también *societates,* y no habían obtenido el derecho de corporación.

8. Asociaciones de amistad (*sodalitates, sodalitia, collegia sodalitia*). Eran en tiempo de Catón el Mayor, sociedades que se reunían para modestos y alegres festines, en celebridad de alguna función religiosa. Correspondían a lo que

PRÉCIS D'UN COURS

SUR L'ENSEMBLE

DU DROIT PRIVÉ

DES ROMAINS

PUBLIÉ EN ALLEMAND SOUS CE TITRE

Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes

PAR THÉODORE MAREZOLL

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE LEIPZIG

TRADUIT ET ANNOTÉ

PAR C.-A. PELLAT

PROFESSEUR DE PANDECTES

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

SECONDE ÉDITION

REVUE ET CORRIGÉE SUR LA QUATRIÈME ÉDITION ALLEMANDE

(Leipzig, 1850)

PARIS

AUG. DURAND, LIBRAIRE

RUE DES GRÈS, 5

1852

Facsímil de la portada de la edición de Paris de 1852, del *Derecho Privado Romano* de Marezoll.

hoy se llaman *clubs,* y en ciertas épocas llegaron a ser peligrosas, y por esa razón prohibidas. Aboliéronse entonces; y de aquí el principio general, que ninguna asociación puede formarse sin permiso del gobierno. A falta de este requisito, los miembros pueden recobrar los fondos con que han contribuido y repartírselos (*l.* 3, *de coll. et corp.*), y en algunos casos estaban sujetos a penas severas (*l.* 1, 2, 3, *de coll. et corp.; l.* 1 *pr., quod cuj. univ.*).

9. *Collegia tenuiorum.* Se componían de personas humildes, que sólo se reunían una vez al mes; podían concurrir los esclavos con el consentimiento de sus dueños. A nadie era lícito pertenecer a varias de estas corporaciones a un tiempo (*l.* 1 *pr. et* § 2, *l.* 3 § 2, *de coll. et. corpor.*).

A todas las que hemos mencionado se daba la denominación general de *collegium, corpus, universitas.* Sus miembros se decían *collegiati, corporati,* y recíprocamente se llamaban *collegas, sodales.*

Enumeremos ahora las fundaciones, o personas jurídicas ideales.

Esta especie de personas jurídicas se encuentra apenas en los tiempos anteriores al cristianismo. Ciertos dioses podían ser instituidos herederos (*Ulp. Reg.* XXII, 6). Era válido el fideicomiso a favor de un templo (*l.* 1 § 1, *de ann. leg.*). Los templos tenían esclavos y libertos. A esto se reducen todas las fundaciones religiosas de aquella época, y nada tiene de extraño su corto número, cuando el erario cubría los gastos de la religión del Estado, como las arcas públicas de cada ciudad los de su culto peculiar. En cuanto a las instituciones de beneficencia, era la política, no la religión, la que a ellas presidía, como lo prueban las sumas inmensas que el estado y los magistrados mismos consagraban al sustento y recreación del pueblo. Alguno emperadores establecieron instituciones de beneficencia, como la de Trajano para los niños pobres de Italia. Pero estaba reservado al cristianismo señalar como objeto de la actividad humana la caridad en sí misma, incorporándola en fundaciones duraderas e independientes.

Si un testador instituia heredero a Jesu Cristo, se entendía instituida la iglesia del lugar (*l.* 26 *C. de sacr. eccles.*). Si a un arcángel o mártir, la Iglesia dedicada al mismo en el domicilio del testador, o a falta de ella, en la Capital de la provincia. Habiendo duda entre varias iglesias, se prefería la que el testador frecuentaba o la más pobre (*ib.*). Aquí el sujeto del derecho es una corporación; no la Iglesia, en general, sino una parroquia, una iglesia determinada: *Dicendum est dominium rerum ecclesiasticarum residere penes ecclesiam illam particularem cui talia bona applicata sunt pro dote... Nec persona aliqua singularis habet dominium, sed sola communitas; persona autem singularis, non ut talis, sed ut pars et membrum communitatis, habet in ipsis rebus jus utendi* (González Téllez, *in Decr., lib.* III, t. 13, *c.* 2).

Tienen analogía con los bienes de la iglesia las fundaciones piadosas a favor de los pobres, los enfermos, los peregrinos, los ancianos, los niños, los huérfanos; y cuando un establecimiento de esta especie tiene el carácter de persona jurídica, se le trata como a un individuo, y así lo hicieron los emperadores cristianos. Así un hospital es tan verdaderamente propietario como una corporación o una persona natural. Pero es necesario distinguir casos. Cuando los particulares o el Estado hacen limosnas, v. gr. en tiempo de escasez, o en una calamidad pública, ejecutan actos individuales de beneficencia, que excluyen absolutamente toda idea de persona jurídica. Cuando el Estado o una ciudad dicta disposiciones permanentes para algún fin piadoso, la institución puede tener un carácter puramente administrativo; ciertos bienes o rentas se atribuyen a su objeto, y se administran de cierto modo, en virtud de una determinación que permanece siempre revocable. Un testador impone a su heredero la carga de distribuir durante su vida cierta cantidad anual de dinero a los pobres; los tribunales protegerán esta disposición, como todas las otras mandas testamentarias; pero no habrá aquí persona jurídica, sino una obligación impuesta al heredero. La institución de una persona jurídica, para que sirva

de sujeto y de base a un objeto pío, y asegure su permanencia, supone condiciones especiales, que luego determinaremos.

Un testador instituye como herederos legatarios a los pobres en general. Esta disposición era nula según el antiguo derecho romano, que prohibía instituir personas inciertas. Valentiniano exceptuó este caso (*l.* 24 C. *de episc.*); y Justiniano interpreta el testamento atribuyendo la sucesión al hospicio en que pensaba el testador; si ocurría incertidumbre sobre este punto, al hospicio de su domicilio; y no lo habiendo, a la iglesia del lugar, con la carga de socorrer a sus pobres (*l.* 49 C., *eod.*). En las provisiones de esta clase, no se crean tampoco personas jurídicas, si no se defiere la sucesión a personas jurídicas ya constituidas. Justiniano colocó las disposiciones piadosas de los testadores bajo la especial inspección de los obispos, encargándole la ejecución (*l.* 46 C., *eod.*).

En el día las fundaciones piadosas están sobre un pie diferente. Destinadas a necesidades de diversas especies, han dejado de tener una relación exclusiva con la Iglesia. Aun las de pura caridad, están bajo la dirección del Estado, para quien el socorro de los necesitados es una de las atenciones más importantes y activas.

Una persona jurídica necesaria, como el vecindario de una ciudad, existe de suyo, sin que sea menester un acto legislativo o gubernativo que la cree. Las otras necesitan la autorización del poder supremo, la cual puede ser expresa o consistir en una manifiesta tolerancia.

Para formar una corporación voluntaria, ha de haber a lo menos tres miembros (*l.* 85, *de Verb. sign.*). Para continuarla, uno solo basta (*l.* 7 § 2, *quod. cuj. univ.*). La corporación, una vez constituida, no puede ser disuelta por la sola voluntad de sus miembros actuales. Sólo el Estado tiene la facultad de abolirla. Tampoco se disuelve una corporación por la muerte de todos sus miembros.

Como la existencia de las personas jurídicas es ficticia, y la adquisición y administración de las propiedades supo-

ne un ser que piensa y quiere, para remediar esta incapacidad, como la de los locos y los impúberes, se recurre a un medio artificial: la representación. Algunos se figuran que un acto que emana de todos los miembros de una corporación es un acto de la corporación misma, y que se ha introducido la representación por la dificultad de obtener su unanimidad. Pero la totalidad de los miembros no es la corporación. No está a su arbitrio destruirla. No está a su arbitrio administrarla sino según las reglas de su institución. La corporación es como un pupilo cuya tutela es ejercida por los funcionarios que crea su constitución, y del modo que ella prescribe; y aun cuando no haya constitución, los miembros estarán ligados a las reglas de la razón y la justicia, determinadas por la naturaleza del objeto.

Las personas jurídicas podían tener toda especie de propiedades (*l.* 1 § 1, *quod. cuj. univ.*), y aun adquirir por actos solemnes, v. gr. por la mancipación, mediante un esclavo que las representase. Los miembros de una corporación no tenían individualmente parte alguna en ellos (*l. 6* § 1, *de div. rer.*). De aquí una consecuencia notable: era de regla que el esclavo de un acusado no pudiese deponer contra él, y el esclavo llamado con este objeto era siempre sometido a la tortura; pero si un ciudadano de una comunidad era acusado criminalmente, los esclavos de ella podían deponer contra él (*l.* 1 § 7, *de quaest.*). A la persona jurídica era dado emancipar sus esclavos: pero como la mancipación por vindicta era una *legis actio,* que no admitía procurador, los libertos de estas personas, *morabantur in libertate,* y después de la ley Junia, adquirían sólo la latinidad. Trajano y Marco Aurelio fueron los que dieron a los colegios la facultad de conferir a sus esclavos la libertad perfecta, y de adquirir ellos mismos los derechos de patronato (*l.* 3 *C. de servis reipub.; l.* 1, 2, *de manum. quae servis*). Y en este punto se reproduce la distinción entre la persona jurídica y sus miembros; los libertos de una ciudad no deben a sus habitantes la sumisión y respeto que debe un liberto a su patrono (*l.* 10 § 4,

de in j. voc.). Puede suceder, sin embargo, que los corporados tengan el uso o goce de los bienes exclusivamente; o privilegios particulares en ellos, o verdadero derecho de propiedad en común.

Hay servidumbres que no pueden pertenecer a personas jurídicas, el uso por ejemplo; ni el usufructo duraba en ellas más de 100 años (*l.* 56, *de usufr.*).

La posesión la adquieren por sus representantes generales, o por sus jefes. Por el mismo medio contraen créditos y deudas. Si un contrato exige tradición, el préstamo, por ejemplo, la persona jurídica no es obligada sino en cuanto el negocio le aprovecha (*l.* 26, *de reb. cred.*). Las obligaciones que se forman sin nuestra voluntad e independientemente de nuestros actos, producen sobre las personas jurídicas los mismos efectos que sobre las personas naturales. Así Pomponio: *si tibi cum municipibus hereditas communis erit, familiae erciscundae judicium inter vos redditur; idemque dicendum est in finium regundorum et aquae pluviae arcendae judicio* (*l.* 9, *quod cujusc. univ.*). Así también se daban contra las personas jurídicas las acciones noxales en reparación del daño hecho por un esclavo suyo.

Aquí también se aplica el principio general de la distinción entre una corporación y sus miembros; los créditos y las deudas de los miembros no son créditos o deudas de la corporación, o recíprocamente; salvo, empero, lo que sobre ello disponga su constitución interior.

Pueden las corporaciones comparecer en juicio como demandantes y demandados, sea constituyendo ellos para cada negocio un *actor*, que es como un procurador ordinario; sea por medio de un mandatario general, llamado *síndico* (*l.* 1 § 1, *l.* 3, *l.* 6 § 1 *et* 3, *quod cuj. univ.*). Esta representación se emplea igualmente para los actos judiciarios, como la fianza, la *operis novi nunciatio*, etc. (*l.* 10, *eod.*). Si la corporación se halla accidentalmente reducida a un solo miembro, éste puede obrar directamente, en nombre de ella (*l.* 7 § 2, *eod.*). Además, cada ciudadano puede sostener, a título de

defensor, los derechos de una persona jurídica, como si se tratase de una persona natural (*l.* 1 § 3, *eod.*).

Condenada civilmente la persona jurídica, los medios de ejecución son los mismos que contra una persona natural, embargo, sustitución en sus créditos, etc. (*l.* 7 § 2, *l.* 8, *eod.*).

Es claro que las personas jurídicas pueden ser dañadas por un delito de una persona extraña o de un miembro suyo, y que entonces le corresponden las mismas acciones *ex delicto,* que a las personas naturales.

Para el caso en que una persona jurídica tiene que prestar juramento. juran por la comunidad los magistrados municipales: *Municipibus, si jurassent, legatum est: haec conditio non est impossibilis. Quemadmodum ergo pareri potest? Per eos ii jurabunt per quos municipii res geruntur* (*l.* 97, *de condit.*).

El derecho de sucesión fue concedido a las personas jurídicas mucho más tarde que los otros modos de adquirir. No pudiendo heredarse a ellos, era natural que tampoco heredasen. Fuera de eso, este modo de adquirir, excepto en el caso de próximo parentesco, es un accidente tan fortuito, que su falta no produce un vacío en el derecho de propiedad.

Concedióseles la sucesión ab intestato de sus libertos, otorgada primero a las comunidades, y luego a todas las personas jurídicas. Algunas corporaciones tuvieron el privilegio especial de heredar a sus miembros.

De la sucesión testamentaria fueron largo tiempo incapaces, *quoniam incertum corpus est* (*municipium*), *ut neque cernere universi, neque pro herede gerere possint, ut heredes fiant* (*Ulp.* XXII, 5). Savigny explica así el pasaje. Para adquirir una herencia sería menester que una ciudad lo hiciese por sí misma o por su representante. Ahora bien, una herencia no puede adquirirse por representante alguno, ni aun tutor que sea (*l.* 65 § 3, *ad sc. Trebell; l.* 5, *C*, *de jur. delib.*). Por otra parte, una ciudad no es capaz de obrar directamente, porque su existencia es ideal (*incer-*

tum corpus est), y como unidad ideal (*universi*) no puede ejecutar los actos competentes (*cernere o gerere*). *Incertum corpus* no es lo mismo que *incerta persona.* Una ciudad es *incertum corpus,* sin embargo de ser una persona determinada. Derogóse a este principio, permitiendo a las ciudades adquirir las sucesiones testamentarias de sus libertos (*Ulp.* XXII, 5), y en 469 se extendió esta concesión a todas las sucesiones testamentarias (*l.* 12 *C. de hered. inst.*). Las otras corporaciones y personas jurídicas no parecen haber tenido este derecho sino por privilegio especial otorgado a una u otra.

La *bonorum possessio* no presentaba las dificultades que la herencia legítima (*l. 65* § 3, *ad sc. Trebell.*). Era pues accesible la *bonorum possessio* a las ciudades y a las otras corporaciones; pero, según Savigny, no absolutamente, sino para las herencias testamentarias de libertos, hasta la constitución citada de 469, que es del emperador León.

De recibir legados y fideicomisos fueron largo tiempo incapaces las personas jurídicas. Más tarde se permitió a las ciudades, después a los colegios, a los templos, a las aldeas. Bajo el imperio del cristianismo se establecieron reglas particularmente favorables a las fundaciones eclesiásticas y a las obras pías.

El derecho criminal considera el hombre de la naturaleza, esto es, a un ser libre, inteligente y sensible. La persona jurídica, por consiguiente, es incapaz de delito. La voluntad, indispensable para cometerlo, no es susceptible de representación. Si, por ejemplo, un magistrado municipal, por un celo mal entendido a favor de su corporación, comete un hurto para enriquecer el erario común, él es individualmente ladrón, y su delincuencia no afecta en manera alguna a la persona jurídica. Sin embargo, los delitos de los jefes o miembros de una corporación pueden a veces producir efectos en ella. Por ejemplo, una ciudad que ha cometido traición, puede perder sus privilegios y distinciones honoríficas, y aun desaparecer como cuerpo político. Pero éstos son actos

del soberano, más que del juez; la pena que infligen recae sobre los inocentes al mismo tiempo que sobre los culpables, lo que nunca sucede cuando se trata de un castigo judicial verdadero; y tienen analogía con las disposiciones gubernativas que aniquilan una corporación, cuando se la juzga contraria al interés público, sin que para ello sea necesario que haya cometido un delito. Por otra parte, si el administrador de los bienes de la ciudad comete un fraude en el ejercicio de sus funciones, aunque él sólo sea responsable del dolo, la caja de la corporación debe restituir aquello en que el dolo la haya hecho más rica (*l.* 15 § 1, *de dolo*). Lo mismo debe decirse de las multas procesales, que no son castigos verdaderos, sino, como las costas del proceso, un elemento preciso del mecanismo judicial. Las personas jurídicas, si quieren gozar del beneficio de un proceso, deben someterse a estas multas.

Hablemos ahora de la constitución de las personas jurídicas. Todo lo que se halla sobre este punto en los jurisconsultos romanos, se limita a los municipios y colonias de Italia, y más tarde a las ciudades de las privincias. Las ciudades italianas tuvieron, bajo la república, una constitución semejante a la de Roma; asamblea popular, senado y magistraturas. Bajo los emperadores, el gobierno se concentró en el senado (*ordo* o *curia*), de que los magistrados eran parte integrante. El *ordo* era el depositario de la autoridad pública; se necesitaba la presencia de dos tercios de sus miembros para la validez de sus actos (*l.* 2, 3, 9, *de decret. ab ordine fac.*; *l.* 46 *C. de decur.*; *l.* 142, *C. Th.*, *de decur.*). Las decisiones del *ordo* eran a la mayoría de los miembros presentes (*l.* 46, *C. de decur.*; *l.* 2, 3, *C. de praed decur.*; *l.* 19 *pr.*, *de tut. et cur.*; *l.* 3, 4, *quod. cujusc. univ.*).

El autor que seguimos repara el silencio de las fuentes estableciendo varios puntos importantes, sea como deducciones de la razón, o como prácticas de los países en que está en vigor el derecho romano.

1. Ni la mayoría de las sesiones regulares, ni la unani-

midad de la corporación entera, tienen un poder ilimitado. La esfera de su acción está reducida a los actos administrativos, y a los objetos previstos en la ley, o en su constitución, o determinados por la costumbre.

2. Sería peligroso el poder omnímodo y exclusivo de una corporación sobre los puntos siguientes:

A. Formación de nuevos estatutos.

B. Disolución del cuerpo.

C. Conversión de bienes raíces en muebles o dinero.

D. Donaciones, aun a sus propios miembros; cesión del goce de sus bienes a sus miembros individuales.

E. Traslación del goce de los particulares a la corporación.

F. Empréstitos.

Hay una persona jurídica que merece especial atención: el fisco. En tiempo de la República, el Estado, como sujeto del derecho de propiedad, se llamaba *aerarium*. Desde los primeros tiempos del imperio, se hizo, entre el emperador y el Senado como representante de la república, una repartición de las provincias, y de las rentas y cargas del Estado; el tesoro del Senado continuó llamándose *aerarium*, y el del emperador se llamó *fiscus* (canasta), por la costumbre de trasportar una suma considerable de dinero en canastos. Después que el emperador reunió todos los poderes en sus manos, el tesoro del Estado confundido con el del emperador tuvo el nombre de *fisco*, que tomó así la significación primitiva de *aerarium*. Así después del reinado de Adriano se usan indiferentemente las dos denominaciones para designar la hacienda pública, que era la del emperador (*l.* 13 *pr. et.* § 1, 3, 4; *l.* 15 § 5 *de jur. fisci, et alibi*).

Para la adquisición de los bienes deferidos al fisco en virtud de una multitud de privilegios se habían organizado los denuncios (*nunciationes*), y se concedían premios particu-

lares a los denunciantes (*l.* 1 pr.; *l.* 13; *l.* 15 § 3; *l.* 16, 42, 49, *de j. fisci.*).

Las reclamaciones del fisco prescribían ordinariamente en 20 años (*l.* 1 §§ 3, 4, 5, *eod.*). Las relativas a las sucesiones vacantes, en cuatro (*l.* 1 §§ 1, 2, *eod.*). Los privilegios del fisco se extienden a los bienes personales del emperador y aun a los de la emperatriz (*l.* 6 § 1, *eod.*).

La representación del fisco por ciertos cuerpos o individuos es reglada por el derecho público.

Las incapacidades de las corporaciones, v. gr., en materia de sucesiones, no se extendieron nunca al fisco. La nación, fuente de todo derecho, no puede estar sometida a ninguna especie de incapacidad. Éste es un principio de todos los tiempos, tan natural y tan necesario, que no pudo ocurrir jamás a los jurisconsultos formularlo en reglas y manifestar la diferencia que sobre este punto existía entre el fisco y las corporaciones.

Se considera también como una persona jurídica la herencia yacente; y se cita en prueba de ello aquel texto de Florentino: ***mortuo reo promittendi, et ante aditam haereditatem, fidejussor accipi potest quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas*** (*l.* 23 ***de fidejuss***). Pero averigüemos el sentido de este texto.

El imperio del heredero sobre los bienes del difunto principia en la adicción de la herencia; parece pues que hay una época intermedia en que la propiedad descansa sobre un ser ficticio, que es la sucesión misma. Pero no es así. El imperio del heredero que acepta se retrotrae al instante de la muerte, y la propiedad pasa inmediatamente de la persona del difunto a la del heredero (*l.* 54, ***de acquir. vel amit. hered.***; *l.* 193, ***de reg. jur.***). Es verdad que la sucesión en la época intermedia es una cosa ***sin dueño***, según ciertos textos (*l.* 13 § 5, ***quod vi***); pero ***sin dueño*** es aquí ***sin dueño conocido***.

Otros creen que necesitando de protección una herencia cuyo dueño se ignora, se nombra un curador que la repre-

sente, de la misma manera que una persona jurídica es representada por la persona a quien la ley o su constitución dé este encargo. Pero esta curatela no es necesaria ni usual; los numerosos textos relativos a sucesiones no la mencionan una sola vez. Agrégase, que cuando se nombra curador a los bienes de una persona ausente, no por eso se dice constituirse persona jurídica. Ni el ausente, ni el heredero futuro, son seres ficticios, sino personas naturales. Si una sucesión no aceptada fuese persona jurídica, sería capaz de toda especie de derechos, y de recibir ella misma herencias y legados. Los jurisconsultos romanos no han tenido jamás semejantes ideas.

El modo más natural de considerar una herencia vacante sería mirarla como la propiedad de un dueño desconocido, pero que dejará de serlo, y referir a él todas las modificaciones que sobreviniesen a los bienes en el intervalo. Pero el derecho romano tampoco admite este concepto, y ha querido emplear más bien una ficción que expresa bajo dos fórmulas diferentes. Unas veces figura la sucesión como dueño (*l.* 22, *de fidejuss.*; *l.* 15 *pr. de usurp.*; *l.* 13 § 5, *quod vi*; *l.* 15 *pr. de interrog.*; *l.* 61 *pr. de adquir. rer. dom.*; *l.* 31 § 1, *de hered. instit.*); otras como representante del difunto (*pr.*, *Inst. de stipul. serv.*; § 2, *Inst. de her. instit.*; *l.* 34, *de adquir. rer. dom.*). Estas dos fórmulas ofrecen un mismo sentido (*l.* 31 § 1, *de hered. instit.*) y excluyen la doctrina vulgar en que se supone que la herencia yacente representa al heredero futuro. Las palabras de la citada ley 34 son decisivas: *Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet.* No lo son menos las del § 2: *personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti.* El manuscrito florentino de la ley 24 *de novatione* dice: *transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet;* pero debe preferirse el texto de la Vulgata; *transit ad heredem illius, cujus personam,* etc.

Los motivos de la ficción romana fueron éstos. Si en la sucesión había esclavos, como debía suceder casi siempre,

adquirían para ella antes de la adicción. Pero en ciertos modos de adquirir del derecho civil, exigían de un modo más rigoroso la capacidad del adquirente, y cuando en ellas adquiere un esclavo para su dueño, es menester que el dueño sea conocido y capaz. Otro de estos actos era la institución de heredero: un esclavo no era instituido válidamente, si a la época del testamento no tenía un dueño capaz de ser instituido (*Ulp.* XXII, 9; *l.* 31 *pr. de hered. institu.*). Lo mismo sucede en la adquisición de un crédito estipulado por un esclavo, o de la propiedad de una cosa que un esclavo se hace mancipar. La ficción de que se trata se introdujo para dar valor a estos actos.

La sucesión no aceptada no era una persona jurídica, y el texto de Florentino que la asimila a una corporación, no establece otra analogía que la de dar lugar a una ficción; pero la ficción era de diferente naturaleza en ellas; y la representación de la persona del difunto no tenía más objeto [que] facilitar ciertas adquisiciones por medio de los esclavos de la sucesión.

Este apéndice es un breve extracto de la doctrina de Savigny, *Droit Romain,* lib. II, cap. 2, §§ 85 hasta 102.

IV

APÉNDICE*

* Damos en Apéndice estos dos textos: "De la Moralidad de las Acciones" y "División del Derecho Natural" que trascribe Miguel Luis Amunátegui Aldunate en O. C. IX, *Introducción* pp. XXI-XXVI, tomados de dos hojas escritas a puño y letra de Bello, que habían pertenecido a Manuel Antonio Tocornal. Aunque tienen muchas coincidencias con algunos títulos de este volumen creemos de interés su reproducción. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

DE LA MORALIDAD DE LAS ACCIONES

La moralidad de las acciones es su relación con la ley natural. Bajo este respecto, se dicen *mandadas* o *vedadas* (palabras que no necesitan definirse), *buenas* o *malas*, *justas* o *injustas*, *virtuosas* o *criminales*.

Buenas son las que se conforman con la ley natural, o lo que viene a ser lo mismo, en cuyas consecuencias naturales prepondera el bien; *malas*, por el contrario, las que no se conforman a dicha ley, o en cuyas consecuencias naturales prepondera el mal. Esta bondad o maldad se llama esencial e intrínseca para diferenciarla de la extrínseca o adventicia, que consiste sólo en la conformidad o desconformidad de las acciones con una ley positiva.

Justicia, en un sentido general, es la bondad misma de las acciones, o su conformidad con las leyes. Pero, en un sentido más propio y usual, nuestros actos se dicen justos o injustos con relación a los derechos ajenos: *justos* son los que satisfacen a estos derechos o cumplen nuestras obligaciones respecto de los demás hombres; *injustos*, los que violan algún derecho ajeno. Así no decimos que un uso de nuestras propiedades, por bueno que sea, es un acto de justicia, sino cuando las empleamos, por ejemplo, en pagar una deuda, cumplir un contrato o reparar una injuria. Divídese comúnmente la justicia en *atributiva* y *espletriz* (que otros llaman *distributiva* y *comunicativa*). La primera dice relación a los derechos imperfectos de los demás hombres, y la segunda a los perfectos. El hombre que no paga una deuda,

falta a la justicia conmutativa; el que, eligiendo para un empleo de la república, no da su sufragio al que le parece más digno, quebranta las reglas de la justicia atributriz.

En las calificaciones de *virtud* y *crimen*, suelen mezclarse otras ideas elementales. La virtud supone, además de la bondad de la acción, cierto grado de esfuerzo en el alma. Por eso, expresaron los romanos esta calidad moral con la palabra *virtus*, que significó primitivamente virilidad o fortaleza. En efecto, no acostumbramos llamar virtuosos, sino aquellos actos en que el alma vence una tentación o arrostra una pena, llevando puesta la mira de conseguir un bien o librarse de un mal futuro, que le parece exigir el sacrificio de aquel que le tienta, o del bienestar que actualmente posee.

Otro elemento necesario de la virtud es el desinterés. El que, por labrarse una existencia acomodada para la vejez, trabaja en la juventud, rechazando las tentaciones de placer, ocio y disipación que por todas partes asaltan al hombre en aquella edad poco amiga de consultarse con la prudencia, obra bien seguramente, mientras en la persecución de su objeto, se abstiene de toda injusticia; pero no le llamaremos virtuoso si el único móvil de su conducta son aquellos goces individuales que suministra la riqueza: una buena casa, una mesa abundante, bellos muebles, etc. Supongamos, al contrario, que trabaja con el solo fin de emplear su fortuna, como Tomás Guy, el célebre librero de Londres, en fundaciones de beneficencia; nadie entonces podrá disputarle aquel título.

Es tan esencial la idea de desinterés a la de virtud que si, al ver una acción generosa con aquel sentimiento agradable de estimación y amor que no podemos menos de tributar a la virtud, se nos comunica que el agente obraba sólo por motivos de interés personal y sin la menor solicitud por la felicidad de aquellos a quienes antes juzgábamos que hacía algún costoso sacrificio, esto bastaría para que aquel acto

dejase de parecernos virtuoso y para que, a la emoción con que le contemplábamos sucediese una indiferencia completa.

Hemos dicho que nuestra propia felicidad es en todos casos el motivo de nuestra conducta. Ella es, por consiguiente, el motivo aun de nuestras acciones virtuosas. Parecerá, pues, contradictorio con este principio el desinterés que atribuimos a la virtud. Pero debemos distinguir dos clases de acciones interesadas: en las unas el objeto inmediato es nuestro propio bien; en las otras la satisfacción individual que se busca, está en la aprobación de Dios o en el bien de los hombres.

El crimen (limitando esta denominación, como generalmente se hace, a los delitos graves) supone también, además de lo malo del acto, cierto grado de esfuerzo en el alma, que, para cometerlo, tiene que vencer algún fuerte motivo de aquellos que en circunstancias ordinarias bastarían para arredrarla. El que, haciendo una injusticia, viola un depósito de confianza o infiere un grave daño a una persona débil colocada bajo su protección, a un bienhechor, a un padre, o produce a la sociedad un mal gravísimo por un leve placer o lucro, este tal comete un crimen. Pero hasta aquí solamente llega el paralelo entre el crimen y la virtud. El desinterés no es necesario para constituir el primero, como es esencial en la segunda. Hay a la verdad atentados horribles en que la satisfacción individual del perpetrador se cifra únicamente en la miseria ajena; pero, por fortuna, son raros.

La virtud y el crimen excitan a la par la admiración de los hombres; más aquélla inspira al mismo tiempo amor, éste causa horror y aversión. Los hábitos nos hacen fácil y agradable el ejercicio de la virtud, aumentando cada vez más el imperio de los motivos tutelares (la religión, la simpatía, las amonestaciones de la conciencia, el amor de la reputación), y producen igual efecto en el crimen, adormeciendo cada vez más el alma a la influencia de estos motivos, y dando mayor energía a las pasiones personales

y antisociales, como son el apetito de los placeres corpóreos, el amor del poder o del dinero, la ira, la envidia.

Damos también el nombre de virtud al hábito de alguna especie particular de acciones . . .

DIVISIÓN DEL DERECHO NATURAL

Expondremos aquí algunas divisiones del derecho natural, que, aunque no todas de utilidad práctica, se han hecho necesarias para la inteligencia de los autores. La primera es en *primitivo,* que dimana inmediatamente de la constitución originaria del hombre, y *secundario,* que supone alguna acción o establecimiento humano, como la sociedad civil, la propiedad de las tierras, etc.

La segunda es en *interno,* que se refiere a la conciencia, y *externo,* que se refiere a las acciones exteriores de los hombres, autorizándolos unas veces para exigir por fuerza el cumplimiento de las obligaciones y contratos: en el primer caso, el derecho externo se llama *necesario;* y en el segundo, *voluntario.*

La tercera es en *derecho natural propiamente dicho* y *derecho de gentes.* Entiéndese por el primero el que da reglas para la conducta de los hombres considerándolos como individuos, y por el segundo el que dirige la conducta de las diferentes sociedades civiles, naciones o estados entre sí.

Estas expresiones *derecho natural* y *derecho de gentes* se entienden de muy diverso modo por los jurisconsultos romanos, según los cuales el primero es aquel que la naturaleza enseña a todos los animales; y el segundo aquél que la razón dicta uniformemente a todos los hombres. Esta división es absurda en cuanto supone que los animales son capaces de alguna noción de derecho. Incluye además el primer miembro de ella en el segundo, pues las leyes que se suponen enseñadas por la naturaleza, como la defensa

propia y la crianza de los hijos, son todas claramente dictadas por la razón, que no puede menos de percibir a primera vista su necesidad, no sólo para el bienestar, sino para la existencia misma del hombre. En fin, si se limitase el derecho natural a las reglas de conducta que la naturaleza ha dado a todas las especies de animales por medio del raciocinio, o por los apetitos y propensiones ciegas llamadas instintos, sería necesario reducirlo a la sola ley de la defensa propia, pues hay numerosísimas tribus de seres sensibles en quienes no se halla rastro ni aun del instinto de maternidad, que es uno de los más fuertes.

Lo cierto es que hay en nosotros instintos que nos llevan ciegamente a ejecutar ciertos actos importantes a nuestra conservación o la de la especie. Cedemos a ellos arrastrados por un placer o pena inmediata, y no por la consideración de sus ulteriores consecuencias. La madre que alimenta al niño, no lo hace por el bien que algún día resultará de ello a sí misma y a la sociedad, sino por gozar un placer inmediato, que encuentra en este acto mismo, y por evitar la pena vivísima de simpatía que los padecimientos del niño producirían en ella. No ha confiado, pues, la naturaleza a la razón sola los importantes deberes de la maternidad, sino que ha querido darle por auxiliar, con respecto a ellos, un instinto imperioso, esto es, un principio de acción, que, aunque dirigido al logro de hechos futuros, impele por motivos presentes.

Esta especie de instintos no son uniformes en todos los animales, antes varían, según el plan de la naturaleza en cada especie. Así el instinto de la fraternidad falta en todas aquellas cuya prole nace provista de todo lo necesario para subsistir sin el auxilio ajeno, como sucede en los reptiles y en los peces.

Los deberes apoyados en estas emociones que se anticipan a la razón humana y la auxilian, forman el *jus naturae* de Ulpiano; mas no porque las haya uniformes en todas las

especies animadas, pues cada cual tiene las suyas, sino porque éstas son las relativas a la constitución del hombre.

Cuando un romanista dice, pues, que tal o cual obligación es de derecho natural, entiende que no sólo es dictada por la razón, sino que se apoya en algunos de los instintos humanos; y cuando dice, por ejemplo, que el matrimonio es de derecho de gentes, entiende que este contrato se deriva de la razón, o en otros términos produce grandes bienes al hombre . . .

ÍNDICES

ÍNDICE DE NOMBRES

Este índice, preparado con la colaboración del Dr. Ángel Latorre, ordena las referencias al volumen y remite a las páginas del texto. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

ÍNDICE DE TEXTOS

Este índice, preparado con la colaboración del Dr. Ángel Latorre, ordena las referencias al volumen y remite a las páginas del texto.

La cita de los textos está hecha en la forma hoy usual. Para facilitar la confrontación con la forma de citar de Bello, en el Índice de textos de las Instituciones, del Digesto y del Código se incluye también la rúbrica de los títulos. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

A) TEXTOS PREJUSTINIANOS

I. INSTITUCIONES DE GAYO

II. EPITOME GAI

III. ULPIANI LIBER SINGULARIS REGULARUM

III. Pauli sententiae

B) CORPUS JURIS CIVILIS

I. Instituciones

II. Digesto

III. Código

IV. Novelas

ÍNDICE DE MATERIAS

Este índice, preparado con la colaboración del Dr. Ángel Latorre, ordena las referencias al volumen y remite a las páginas del texto. (COMISIÓN EDITORA. CARACAS).

D

N

O

P

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

ÍNDICE GENERAL

LIBRO TERCERO

Indice General

LIBRO CUARTO

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR ESTE TOMO EN LOS TALLERES DE EDITORIAL ARTE, EN LA CIUDAD DE CARACAS, EL DÍA VEINTINUEVE DE NOVIEMBRE DE 1981, AL CUMPLIRSE EL BICENTENARIO DEL NACIMIENTO DE

ANDRÉS BELLO

SE HAN IMPRESO CINCO MIL EJEMPLARES. LA EDICIÓN HA SIDO HECHA BAJO LA DIRECCIÓN DE LA COMISIÓN EDITORA DE LAS OBRAS COMPLETAS DE ANDRÉS BELLO Y LA FUNDACIÓN LA CASA DE BELLO, AMBAS CON SEDE EN CARACAS, VENEZUELA.